Deutscher Bundestag **Drucksache 17/7248**

17. Wahlperiode 20. 09. 2011

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes

Bahn 2011 – Wettbewerbspolitik unter Zugzwang

Inhaltsverzeichnis

Zugeleitet mit Schreiben der Monopolkommission vom 20. September 2011.

Seite

Seite

Seite

Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen

Vorwort

Nach § 36 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) hat die Monopolkommission den Auftrag, alle zwei Jahre ein Gutachten zum Wettbewerb im Eisenbahnverkehr zu erstellen. In diesem Gutachten beurteilt die Monopolkommission den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs und die Frage, ob ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb im Sinne des § 1 AEG besteht. Darüber hinaus wird die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts gewürdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnen Stellung genommen.

Das vorliegende Sondergutachten ist die dritte Stellungnahme der Monopolkommission entsprechend ihrem Auftrag.

Zur Vorbereitung dieses Gutachtens hat die Monopolkommission in zwei getrennten Anhörungen am 13. Dezember 2010 mit Marktteilnehmern, Aufgabenträgern und Verbänden über deren Einschätzung der Wettbewerbsentwicklung auf den Schienenverkehrsmärkten diskutiert. Folgende Teilnehmer waren in den Diskussionsrunden vertreten:

- BeNEX GmbH,
- Bundesarbeitsgemeinschaft der Aufgabenträger des SPNV e.V.,
- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung,
- Deutsche Bahn AG,
- Hamburg-Köln-Express GmbH,
- Keolis Deutschland GmbH & Co. KG,
- mofair e. V.,
- Netzwerk Privatbahnen – Vereinigung Europäischer Eisenbahngüterverkehrsunternehmen e. V.,
- SBB Cargo GmbH,
- TX Logistik AG,
- Veolia Verkehr GmbH,
- Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V.

Die Diskussionsteilnehmer haben ihre mündlichen Beiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Darüber hinaus nahmen viele weitere Marktteilnehmer und wissenschaftliche Branchensachverständige ebenfalls schriftlich Stellung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei den wissenschaftlichen Sachverständigen Herrn Prof. Dr. Hubert Gersdorf und Herrn Prof. Dr. Georg Götz für ihre Beiträge zur Meinungsbildung der Monopolkommission.

Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Matthias Kurth, die Vizepräsidenten, Frau Dr. Iris Henseler-Unger und Herr Johannes Kindler, und weitere Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 31. Januar 2011 Fragen zur Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen und insbesondere Fragen zur Anwendung des allgemeinen Eisenbahnrechts durch die Bundesnetzagentur und die Gerichte erörtert.

Weiterhin haben am 31. Januar 2011 der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Andreas Mundt, sowie Mitarbeiter des Amtes mit der Monopolkommission Fragen zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Bahnsektor diskutiert.

Der Präsident des Eisenbahn-Bundesamtes, Herr Gerald Hörster, und weitere Mitarbeiter des Amtes haben am 24. Februar 2011 mit der Monopolkommission Gespräche über die Aufsichts- und Genehmigungspraxis des Eisenbahn-Bundesamts geführt.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen den Mitgliedern sowie Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes, des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, der Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herrn Dr. Alexander Steinmetz, der die Stellungnahme der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich federführend betreut hat.

Kurzfassung

1.* Wettbewerbsdruck kann hinreichende Anreize zur Effizienzsteigerung, Kundenorientierung und für Innovationen setzen und bietet so die Möglichkeit, zum Vorteil der Unternehmen, Mitarbeiter und Kunden Qualität und Preise der Angebote zu verbessern. So können erhebliche Steigerungen der gesellschaftlichen Wohlfahrt erzielt werden. Zum Erreichen dieser Ziele im Schienenverkehr ist eine Liberalisierung der Märkte in der Art und Weise notwendig, dass allen konkurrierenden und potenziellen Marktakteuren dieselben Wettbewerbsmöglichkeiten geboten werden. Die Aktivitäten des Staates sollten entsprechend darauf ausgerichtet sein, Rahmenbedingungen für einen effizienten und diskriminierungsfreien Wettbewerb zu schaffen.

2.* Grundsätzlich sieht die Monopolkommission die bestehenden Rahmenbedingungen zur Gewährleistung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs und eines attraktiven Verkehrsangebots im Eisenbahnverkehr als nicht zufriedenstellend an. Die Monopolkommission zeigt im vorliegenden Gutachten entscheidenden Handlungsbedarf auf. Bereits in ihren früher erstellten Gutachten hat sie die Wettbewerbsentwicklung des Eisenbahnmarktes intensiv analysiert und bestehende Wettbewerbshindernisse dargestellt. Entsprechende Handlungsempfehlungen wurden bislang nur vereinzelt konkret diskutiert oder angekündigt und nicht endgültig umgesetzt. Daher besteht ein Großteil der aufgezeigten Schwachstellen des Regulierungsrahmens und der dadurch vorliegenden Wettbewerbshindernisse weiterhin und wird in diesem Gutachten erneut thematisiert. Die Monopolkommission sieht die Entscheidungsträger vor diesem Hintergrund unter Zugzwang.

3.* Der Wettbewerb auf den deutschen Märkten für Schienenpersonen- und -güterverkehr entwickelt sich nur langsam. Die Wettbewerbsintensitäten unterscheiden sich dabei in den einzelnen Teilmärkten deutlich. Während sich im Schienenpersonennahverkehr und im Schienengüterverkehr die leicht positiven Entwicklungen des Wettbewerbs in den letzten Jahren fortgesetzt haben, existiert im Schienenpersonenfernverkehr bisher kein relevantes Wettbewerberangebot. Im Schienenpersonennahverkehr lag der Wettbewerberanteil in Zugkilometern im Jahr 2010 bei 21,6 Prozent, während der Anteil in Personenkilometern lediglich 12,5 Prozent des gesamten Marktes betrug. Gegenüber 2008 beträgt die Steigerung des Anteils der Personenkilometer damit etwa einen Prozentpunkt und die Steigerung des Anteils der Zugkilometer drei Punkte. Im Schienengüterverkehr konnten die Wettbewerber ihren Marktanteil gegenüber der Deutschen Bahn AG in den vergangenen zwei Jahren um fast vier Prozentpunkte auf 25,1 Prozent der transportierten Tonnenkilometer steigern. Im Schienenpersonenfernverkehr besteht für die nahe Zukunft durch die Ankündigung des Hamburg-Köln-Expresses die Hoffnung, dass der Anteil der Wettbewerber erstmalig über die Ein-Prozent-Marke steigen wird.

4.* Die Eisenbahninfrastruktur stellt ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Angebote der Verkehrsunternehmen dar. Die Bedingungen des Angebots dieser Vorleistungen sind ein zentraler Einflussfaktor für die Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor. Für eine erfolgreiche Wettbewerbsentwicklung müssen die eigentumsrechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen so konzipiert sein, dass die Infrastrukturbetreiber Anreize haben, die Netzkapazitäten optimal auszulasten und so ein effizientes Angebot auf dem nachgelagerten Markt der Schienenverkehrsleistungen zu ermöglichen. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn der Betreiber der Infrastruktur auch als Verkehrsunternehmen agiert. Die Deutsche Bahn AG hat als integriertes Eisenbahnunternehmen durch ihre aktuelle Gesellschaftsstruktur Anreize, den Konzerngewinn zu maximieren. Daher hat der Konzern ein Interesse daran, den Zugang zur Infrastruktur so auszugestalten, dass die eigenen Verkehrsgesellschaften Vorteile gegenüber den Wettbewerbern erhalten. So können über die Zugangspolitik die Wettbewerber auf den Transportmärkten diskriminiert und effizienter Wettbewerb kann behindert werden. Das Gutachten der Monopolkommission zeigt deutlich, dass im gegenwärtigen Regulierungsrahmen zahlreiche Möglichkeiten zur Diskriminierung bestehen und auch unter jeglicher Neufassung der Rahmenbedingungen erhebliche Spielräume zur Diskriminierung verbleiben. Die praktischen Möglichkeiten zur Diskriminierung sind dabei sehr vielfältig und kaum systematisch zu erfassen und kontrollierbar. Für den integrierten Konzern wäre es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht sinnvoll, diese Spielräume ungenutzt zu lassen. Daher wird die Deutsche Bahn AG, solange Möglichkeiten und Anreize zur Diskriminierung existieren, immer im Verdacht der Diskriminierung stehen. Diskriminierung der Wettbewerber auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten führt zu Ineffizienzen und Nachteilen für Verbraucher, den Arbeitsmarkt und die gesamte Volkswirtschaft.

5.* Die beste Lösung dieser Problematik besteht in einer vollständigen institutionellen Trennung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften, sodass die Anreize für die Infrastrukturbetreiber, bestimmte Eisenbahnverkehrsgesellschaften zu diskriminieren, erheblich reduziert werden. Nur ein unabhängiger Netzbetreiber behandelt alle Transportunternehmen gleich. Auch dient aus Sicht der Monopolkommission die staatliche Beteiligung am Wettbewerb durch die Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG nicht dem öffentlichen Interesse. Daher spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Trennung von Infrastruktur- und Transportsparten herbeizuführen, indem die Privatisierung der Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG konsequent durchgeführt wird. Dabei stellt sie die potenziellen negativen Auswirkungen einer solchen Trennung nicht in Abrede. Die Abwägung der Argumente, die für den Fortbestand der integrierten Struktur der Deutschen Bahn AG sprechen könnten, mit den Argumenten für eine Trennung zeigt jedoch, dass der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer Trennung von Netz und Transport gegenüber den Kosten deutlich überwiegt. Aus diesem Grund begrüßt die Monopolkommission das geplante Modell der Teilprivatisierung der DB Mobility Logistics AG als einen ersten

Schritt, da die Deutsche Bahn AG AG gehindert wäre, Kosten- bzw. Einnahmepositionen beliebig innerhalb des Konzerns zu verlagern. Dennoch bleibt wettbewerbspolitisch eine vollständige Trennung der Infrastruktur von den Verkehrsgesellschaften anzustreben. Zur kurzfristigen Verringerung der bestehenden Ineffizienzen fordert die Monopolkommission eine sofortige Auflösung der Finanzierungsverflechtungen staatsnaher und staatsferner Teile der Deutschen Bahn AG. Die bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge sind unvereinbar mit dem Ziel eines liberalisierten Eisenbahnmarktes.

6.* Auch wenn geeignete Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Wettbewerbsentwicklung in Deutschland nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin nicht gegeben sind, ist die Marktöffnung in einigen anderen EU-Mitgliedstaaten zweifelsfrei noch weniger fortgeschritten. Vor diesem Hintergrund sieht die Deutsche Bahn AG massive Wettbewerbsverzerrungen, die den deutschen Eisenbahnen schaden. Auch die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Disparitäten in den Marktöffnungen innerhalb Europas schnellstmöglich zu verringern, sieht jedoch keinen hinreichenden Grund für einen Wettbewerbsschutz der Deutschen Bahn AG, der letztlich den Verbrauchern schaden würde. Die gleichmäßige Öffnung europäischer Märkte sollte ausschließlich durch die beschleunigte Liberalisierung aller europäischen Eisenbahnmärkte geschehen und nicht durch ein Ausbremsen der Öffnung der deutschen Märkte unterstützt werden. Im Gegenteil profitieren die Volkswirtschaft im Ganzen und insbesondere die Verbraucher auch unter den bestehenden Rahmenbedingungen von der weiteren Liberalisierung des deutschen Bahnmarktes.

7.* Eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Eisenbahnsektors und damit des Schienenverkehrs im Allgemeinen kann nur erreicht werden, wenn die nachgelagerten Märkte nicht von der Marktmacht der Infrastrukturbetreiber beeinflusst werden. Ein wettbewerbliches Regulierungskonzept sieht dazu eine Regulierung der Schieneninfrastruktur, Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen vor. Die vorliegende vertikal integrierte Struktur des dominierenden Akteurs, der Deutschen Bahn AG, im Eisenbahnmarkt beeinflusst die Anforderungen an die Regulierung dabei erheblich. Allein aufgrund dieser Struktur ist neben einer Entgeltregulierung auch eine regulatorische Kontrolle von nicht preislicher Diskriminierung nötig. Das vorliegende Gutachten zeigt, dass im Hinblick auf die Gewährung des Zugangs zur Infrastruktur sowohl Spielräume für systematische Diskriminierung als auch eine Vielzahl einzelner und systematisch kaum erfassbarer Möglichkeiten zur Diskriminierung existieren. Durch die Regulierung sind diese Diskriminierungsmöglichkeiten kaum einzuschränken.

8.* Die aktuelle Informationspolitik und Koordinierung der Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG stellt sich für Eisenbahnverkehrsunternehmen allgemein als unbefriedigend dar. Bestehende Mängel betreffen neben Schienentrassenvergaben beispielsweise Informationen und Abstimmungen zu Baumaßnahmen, Informationen zur fahrplantechnischen Infrastruktur, Kapazitäten von Zugbildungsanlagen und den Zugverkehren auf den Strecken. Nach Auffassung der Monopolkommission bestehen Anzeichen dafür, dass die bemängelten Koordinierungs- und Informationsprobleme sowohl durch Ineffizienzen als auch durch Diskriminierung verursacht werden könnten. Trotz einiger Verbesserungen gegenüber der früheren Situation, wie beispielsweise durch neu eingeführte Regelungen zur Baumaßnahmenplanung, bestehen weiterhin erhebliche Diskriminierungsspielräume hinsichtlich der Informations- und Koordinierungspolitik zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturbetreibern, welche durch eine Regulierung nur unzureichend zu begrenzen sind.

9.* Zentrale Informationsdefizite existieren für Eisenbahnverkehrsunternehmen im Hinblick auf die Vergabe von Schienentrassen. Die Verfügbarkeit der Schieneninfrastruktur und die Vergabe der Nutzungsrechte haben einen wesentlichen Einfluss auf die Marktposition bestehender und die Marktchancen neuer Anbieter. Da die DB Netz AG keine exakten Angaben zu bestehenden Trassenbelegungen veröffentlicht, ist die Vergabe sehr intransparent. Auch in Bezug auf die Beschaffenheit der Trassen sind die Informationen, welche die Verkehrsunternehmen erhalten, nur unzureichend, da die gesetzlichen Vorgaben keine konkreten Angaben zur Streckenphysik verlangen. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass durch die fehlende Transparenz in Bezug auf die Trassenbeschaffenheit und die freien Kapazitäten signifikante Effizienzsteigerungspotenziale bei der Trassenbelegung nicht genutzt werden. Darüber hinaus sieht die Monopolkommission erhebliches Diskriminierungspotenzial. Daher ist eine höhere Transparenz der Trassenbelegung unbedingt erforderlich. Aus diesem Grund empfiehlt die Monopolkommission, Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu verpflichten, den Zugangsberechtigten freie Kapazitäten und Auslastungsgrade der Trassen elektronisch zugänglich zu machen. Zusätzlich sollte der Gesetzgeber den Infrastrukturgesellschaften konkrete Pflichten zur Transparenz bezüglich der Art und Beschaffenheit der Trassen auferlegen. Auch sollte die Bundesnetzagentur stärker in die Überwachung der Trassenvergabeverfahren eingebunden werden, indem sie Informationen über Infrastruktur und Netzbelegung erhält und über Vergabeentscheidungen im Koordinierungsverfahren informiert wird. Darüber hinaus ist es notwendig, die Regelungen über den Abschluss von Rahmenverträgen, die einen Zugang zu Schienentrassen langfristig absichern sollen, zu ändern. Die bestehenden Rahmenvertragsregelungen sind unflexibel und die Wirksamkeit des rahmenvertraglichen Instrumentariums bei der Trassenvergabe ist sehr eingeschränkt. Die Monopolkommission fordert daher eine Stärkung dieser Wirksamkeit, indem durch den Gesetzgeber längere Vorlaufzeiten vorgesehen werden und der Abschluss von Rahmenverträgen unabhängig von festen Rahmenvertragsperioden möglich ist. Auch ist eine gesetzliche Regelung erforderlich, welche die Betreiber von Schienenwegen verpflichtet, ein Nachrückverfahren für Rahmenverträge anzuwenden. Die Wirksamkeit von Rahmenverträgen sollte im Verfahren

der Trassenvergabe gestärkt und gleichzeitig der Abschluss von Rahmenverträgen grundsätzlich bei der Bundesnetzagentur genehmigungspflichtig werden. Voraussetzung für die Genehmigung zum Abschluss eines Rahmenvertrags sollte ein Nachweis über zu tätigende spezifische Investitionen sein. Im Hinblick auf die elektronisch zur Verfügung zu stellenden Informationen bezüglich der Auslastung der Schienenwege sollten auch anonymisierte Details bestehender Rahmenverträge bereitgestellt werden. Insgesamt ließe sich so die Trassenunsicherheit der Eisenbahnverkehrsunternehmen erheblich senken.

10.* Für Betreiber der Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehrsunternehmen sollen Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit der Infrastruktur bestehen. So ist gesetzlich vorgegeben, dass Eisenbahninfrastrukturbetreiber entsprechende Anreizsysteme implementieren. Nach Auffassung der Monopolkommission gehen aus verschiedenen Gründen jedoch weder von dem von der DB Netz AG für Schienentrassen noch von dem von der DB Station & Service AG für Bahnhöfe etablierten System entscheidende Anreize für eine Verringerung von Störungen und eine erhöhte Leistungsfähigkeit aus. Ein wirksames Anreizsystem muss sich an den betrieblich relevanten Abläufen und Ausstattungsmerkmalen der Infrastruktur orientieren. Daher muss bei der Gestaltung eines solchen Systems analysiert werden, welche Störungen besonders betriebsrelevant sind und welche Störungsursachen durch welche Maßnahmen gezielt reduziert werden sollen. Vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission die im Entwurf zur Neufassung des ersten EU-Eisenbahnpakets vorgesehenen umfangreichen und detaillierten Verspätungskategorien und Grundsätze für leistungsabhängige Entgelte für Schienentrassen. Der deutsche Gesetzgeber sollte entsprechende Vorgaben in das nationale Recht übernehmen.

11.* Nicht nur der Zugriff auf Schienentrassen, sondern auch der auf Serviceeinrichtungen wie Rangier- und Personenbahnhöfe, die dortigen Zugbildungsanlagen, Abstellgleise oder Wartungseinrichtungen ist für die Betriebsabläufe im Schienenverkehr für alle Verkehrsleistungen unabdingbar. Daher müssen diese Einrichtungen für alle Schienenverkehrsunternehmen zur Realisierung der eigenen Verkehrskonzepte zugänglich sein. Im Gegensatz zur Schieneninfrastruktur liegt in Bezug auf Serviceeinrichtungen nicht in jedem Fall ein natürliches Monopol vor. Dem Grundgedanken des Unionsrechts nach dürfte eine Serviceeinrichtung nur dann der Zugangsregulierung unterliegen, wenn das Bestehen marktkonformer Alternativen verneint wird. Im nationalen Recht kann ein Betreiber jedoch den Zugang zu seiner Serviceeinrichtung nicht verweigern. Seine Einrichtung unterliegt entweder kategorisch der Zugangsregulierung oder nicht. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine gesetzliche Klarstellung der Rechtslage erforderlich. Dabei sollte der grundlegende Gedanke des europäischen Rechts, der Markt- und Wettbewerbsbezug als Bewertungsmaßstab, auf nationales Recht übertragen werden, indem Serviceeinrichtungen nur dann einer Zugangsregulierung unterliegen, wenn keine marktkonformen Alternativen bestehen.

12.* Anders als bei Schienenwegen geben nur wenige Vorschriften Regelungen für die Nutzung von regulierten Serviceeinrichtungen vor. Dadurch bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten über die Pflichten der Betreiber dieser Einrichtungen. So entstehen hohe Transaktionskosten durch gerichtliche Entscheidungen oder das außergerichtliche Suchen einer Kompromisslösung. Die bestehenden Lücken lassen darüber hinaus große Spielräume für gezielte Entscheidungen im Interesse ausgewählter Zugangsberechtigter. Insgesamt sieht die Monopolkommission erhebliche Wettbewerbshindernisse durch die derzeitigen Regelungen für die Nutzung von Serviceeinrichtungen. In den meisten Fällen ist die unterschiedliche Behandlung von Serviceeinrichtungen und Schienenwegen nicht ausreichend begründbar. Eine Konkretisierung der Vorschriften, die Regelungen für die Nutzung dieser Einrichtungen analog zu denen von Schienenwegen vorgeben, ist daher erforderlich. Dazu sollte der vorgeschriebene Mindestinhalt der Informationen entsprechend dem Paket von Mindestangaben für Schienenwege erweitert werden. Auch sollten die Betreiber von Serviceeinrichtungen gesetzlich verpflichtet werden, im Vorfeld der Stilllegung einer Einrichtung ein Ausschreibungs- bzw. Interessensbekundungsverfahren durchzuführen, um mangelnden Bedarf darzulegen. Dadurch wird Transparenz über beabsichtigte Stilllegungen geschaffen, die es allen Nutzern ermöglicht, die Infrastruktur durch eine Übernahme des Betriebs zu erhalten und Kapazitätsengpässe zu vermeiden. So könnten Zugangshindernisse, die derzeit insbesondere die neu hinzutretenden Nutzer treffen, verringert werden.

13.* In der Praxis der Nutzung von Serviceeinrichtungen zeigen sich sowohl Ineffizienzen als auch Möglichkeiten der Diskriminierung der Zugangsberechtigten. Die Bundesnetzagentur hat in jüngster Vergangenheit einige Untersuchungen von Zugangsmöglichkeiten zu Serviceeinrichtungen durchgeführt. Dabei werden auch die Grenzen der Regulierung offenbar. Unter anderem hat die Bundesnetzagentur den Zugang zu Rangierbahnhöfen und Zugbildungsanlagen intensiv analysiert. Die Analyse der Bundesnetzagentur bestätigt, dass Wettbewerbern die Nutzung von Zugbildungseinrichtungen der Deutschen Bahn AG teilweise nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist. Probleme ergeben sich insbesondere aus der mehrjährigen Anmietung von Kapazitäten. Ein weiteres Hindernis besteht in der Verfügbarkeit von Rangierloks in diesen Anlagen. Durch die fehlende Verfügbarkeit wird die Nutzung der Rangierbahnhöfe erheblich behindert. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber daher erneut, den Rangierbetrieb auf den entsprechenden Bahnhöfen in die Verantwortung des Infrastrukturbetreibers zu stellen und diesen ebenfalls der Zugangsregulierung zu unterwerfen. Des Weiteren ist bezüglich dieser Serviceeinrichtungen die Informationspolitik über freie Kapazitäten unbefriedigend. Die Monopolkommission unterstützt daher die Forderung nach einer elektronisch basierten Restkapazitätsbörse. Eine entsprechende gesetzliche Verankerung ist dazu notwendig.

14.* Die Entgeltregulierung begrenzt den Handlungsspielraum bei der Preissetzung, der sich den Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch ihre Marktmacht bietet. Da Kosten für den Zugang zu Infrastruktur und Serviceeinrichtungen inklusive Bahnstrom fast die Hälfte der gesamten anfallenden Kosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausmachen, haben Diskriminierungsmöglichkeiten bei der Entgeltgestaltung sehr großen Einfluss auf die Wettbewerbssituation auf den Verkehrsmärkten und können als wichtige Markteintrittsbeschränkung fungieren. Gegenwärtig ist die Regulierung unzureichend, da das System einige konzeptionelle Schwachstellen aufweist und so weiterhin großes Potenzial zur Wettbewerbsbehinderung besteht. Die bestehenden Probleme der Entgeltregulierung müssen durch eine Veränderung des Regulierungssystems angegangen werden.

15.* Das bestehende Entgeltsystem ist ausgesprochen komplex und interpretationsbedürftig. Zudem räumen die bestehenden Entgeltvorschriften den Infrastrukturbetreibern viele Freiheiten bei der Kalkulation der Zugangsentgelte ein, sodass erhebliche Spielräume zur Diskriminierung verbleiben. Das bestehende Konzept ist kaum geeignet, die Überprüfbarkeit der Zusammensetzung der Entgelte zu gewährleisten und so Missbrauchspotenziale zu begrenzen und einen effizienten Wettbewerb auf der Schiene zu gewährleisten. Nach Meinung der Monopolkommission sind die Vorgaben an die Entgeltstruktur wettbewerbspolitischen Anforderungen so anzupassen, dass der Bundesnetzagentur die Entgeltprüfung erleichtert und so Diskriminierungspotenzial eingeschränkt wird. Dazu müssen diese Vorgaben so ausgestaltet sein, dass sich die einzelnen Entgeltkomponenten auf klare und transparente Kriterien zurückführen lassen. Alle wesentlichen preisbeeinflussenden Faktoren sollten konsistent im Entgeltsystem berücksichtigt werden.

16.* Aus dem deutschen Regulierungsrecht lassen sich auch keine starken Anreize zur Senkung der mit der Eisenbahninfrastrukturbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte ableiten, obwohl das europäische Unionsrecht dies fordert. Für die Infrastrukturbetreiber ergeben sich nur geringe Anreize zu Effizienzsteigerungen, da diese vom Regulierer bei der Kostenprüfung erkannt werden können und so direkt an die Nutzer weitergegeben werden müssen. So profitieren die Infrastrukturunternehmen nicht von Kostensenkungen, sondern es bestehen im Gegenteil Anreize, identifizierte Ineffizienzen nicht abzubauen und darüber hinaus überhöhte Kosten auszuweisen. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der bestehenden Marktstruktur, die durch die stark dominierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG gekennzeichnet ist, ist die Einführung einer Anreizregulierung in Verbindung mit verschiedenen Leistungskörben erforderlich. Die preisbasierte Anreizregulierung hat gegenüber der bestehenden vergangenheitsbezogenen kostenbasierten Regulierung allgemein den Vorteil, dass das regulierte Unternehmen einen sehr viel höheren Anreiz hat, die eigene Effizienz zu steigern und die Kosten zu senken. Die Anreizregulierung sorgt dabei dafür, dass die Effizienzsteigerungen durch sinkende Entgelte langfristig den Nutzern der Eisenbahninfrastruktur zugutekommen. Darüber hinaus bietet die diskutierte Price-Cap-Regulierung durch die Einrichtung von verschiedenen Warenkörben einen besseren Schutz vor Diskriminierung. Entgegen der teilweise geäußerten Meinung, dass die aktuelle Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) eine Anreizregulierung entbehrlich macht, ist nachdrücklich festzustellen, dass sie alleine nicht geeignet ist, die Qualität der Infrastruktur sicherzustellen und Anreize zur Effizienzsteigerung zu schaffen. Die europarechtliche Anforderung, durch ein Anreizelement sowohl eine Senkung der Kosten als auch der Zugangsentgelte zu erreichen, kann daher nach Auffassung der Monopolkommission auf Dauer nur durch die Ergänzung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung um eine Anreizregulierung erreicht werden. Eine Price-Cap-Regulierung erzeugt in einem solchen Rahmen Anreize zur effizienten Bewirtschaftung der qualitativ gesicherten Infrastruktur und damit auch zur effizienten Verwendung der LuFV-Mittel.

17.* Im September 2010 hat die Europäische Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag zur Neufassung des sog. ersten Eisenbahnpakets vorgenommen. Die wichtigsten Änderungen betreffen Vorgaben zur Entgeltbildung, zur Zugangsgewährung bei Serviceeinrichtungen und die Kompetenzen und Stellung der nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission. In Bezug auf die Entgeltregulierung ist insbesondere von Bedeutung, dass Finanzierungsverträge zwischen den staatlichen Institutionen und den Infrastrukturbetreibern zur Regelung der Infrastrukturinvestitionen zukünftig verpflichtend sein sollen und dass das bestehende Wahlrecht zwischen geeigneten vertraglichen Vereinbarungen und aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zur Senkung der Kosten und Entgelte entfallen soll. Die Monopolkommission sieht dies kritisch. Da nach ihrer Auffassung durch Vertragsvereinbarungen über die staatliche Finanzierung keine nachhaltigen Anreize zur Effizienzsteigerung und Entgeltsenkung gesetzt werden können, sollte eine Anreizregulierung zwingend vorgegeben und diese optional durch vertragliche Vereinbarungen ergänzt werden.

18.* Die Bestimmung der Kapitalkosten spielt im Rahmen der derzeitigen kostenorientierten Regulierung im Eisenbahnsektor vor dem Hintergrund steigender Renditen der dominierenden Eisenbahninfrastrukturbetreiber eine zunehmend wichtige Rolle. Die Bestimmung eines Grenzwertes für die zulässige marktübliche Rendite als Bemessungsmaßstab ist ein wichtiger Faktor für die angemessene Höhe der Infrastrukturentgelte. Der zentrale Aspekt der Bestimmung der Kapitalkosten ist die kalkulatorische Ermittlung einer marktüblichen Eigenkapitalrendite. Die Ergebnisse der Bestimmung der Eigenkapitalkosten für Eisenbahninfrastrukturunternehmen hängen neben der Bestimmungsmethode sehr stark von den getroffenen Annahmen ab. Daher ist zu befürchten, dass die Ermittlung des Eigenkapitalzinses dem Einfluss politischer Interessen ausgesetzt ist. Die Monopolkommission spricht sich für ein möglichst einfaches, wenig annahmegetriebenes und transparentes Vorgehen aus, um die Einflussnahme externer Partikularinteressen zu begrenzen. Das im allgemeinen Diskurs präferierte Capital Asset Pri-

cing Model (CAPM) weist zwar einige Entscheidungsspielräume auf, diese sind jedoch geringer als bei anderen Methoden. Auch aufgrund der methodischen Stringenz sind mithilfe des CAPM unter Zuhilfenahme relativ weniger Annahmen vergleichsweise belastbare, transparente und nachvollziehbare Schätzungen möglich. Daher sollte die Bundesnetzagentur nach Meinung der Monopolkommission die Eigenkapitalkosten der Infrastrukturbetreiber auf Grundlage des CAPM bestimmen. Im Sinne der Planungssicherheit und um die Thematik der politischen Einflussnahme mittelfristig zu entziehen, ist außerdem eine langfristige Stabilität der festzulegenden Zinsen unbedingt erforderlich.

19.* Für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes gelten rechtliche und ökonomische Besonderheiten. Insbesondere Ratingagenturen und Banken gehen von einer impliziten Staatsgarantie für diese Gesellschaften aus. So wird diskutiert, ob sich die marktübliche Rendite der nichtbundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen von der Rendite der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes unterscheidet. Investitionsanreize sind allgemein nach marktkonformen Vorgaben zu setzen. So ist aus ordnungspolitischer Sicht auch den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes eine kapitalmarktorientierte Eigenkapitalrendite zuzugestehen, damit diese als Wirtschaftsunternehmen am Markt agieren und Investitionen nach unternehmerischen Gesichtspunkten tätigen können. Die Eigenkapitalkosten sollten daher eigentümerunabhängig festgelegt werden. Die Monopolkommission folgt nicht der – auch von der Bundesnetzagentur vorgetragenen – Argumentation, dass den Infrastrukturtöchtern der Deutschen Bahn AG aufgrund ihrer Sonderstellung und der dadurch günstigen Fremdkapitalzinsen im Regulierungsrahmen eine geringere Eigenkapitalrendite zugestanden werden sollte. Sie spricht sich vielmehr für die Anwendung des Opportunitätskostengedankens und damit für die Ermittlung der Eigenkapitalrendite nach CAPM auch für die Infrastrukturunternehmen des Bundes und gegen eine andere, vergleichsweise arbiträre Festlegung der Eigenkapitalkosten aus.

20.* Die rechtlichen Rahmenbedingungen, die im Rahmen der Renditegewährung lediglich auf die Eigenkapitalrendite abstellen, führen teilweise zu erheblichen Fehlanreizen bei den regulierten Unternehmen und faktischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Kapitalbasis und der Fremdkapitalkosten im Rahmen der Kapitalkostenermittlung durch die Regulierungsbehörde. So bestehen durch die Zurechnung der Fremdkapitalzinsen zu den Vollkosten keine Anreize, die Fremdkapitalkosten oder die Gesamtkapitalkosten durch die Wahl einer effizienten Kapitalstruktur zu verringern. Durch die Festlegung einer vorgegebenen Eigenkapitalrendite ergeben sich im Gegenteil Anreize zur ineffizienten Ausweitung des Eigenkapitals. Um dem entgegenzuwirken, muss auf die Kapitalstruktur entsprechend regulatorisch Einfluss genommen und eine Höchstgrenze eingeführt werden. Dieser notwendige, aber per se nicht wünschenswerte Eingriff kann verzerrte Anreize dennoch nicht verhindern. Die Monopolkommission fordert den Gesetzgeber daher auf, eine zulässige Gesamtkapitalrendite auf Basis von kalkulatorischer Eigenkapitalrendite, kalkulatorischen Fremdkapitalkosten und einer normierten Kapitalstruktur vorzugeben.

21.* Die Versorgung der Eisenbahn mit Elektrizität stellt einen gesonderten Bereich der Energieversorgung dar, der aus technischen Gründen nicht mit der Versorgung von Haushalten, Gewerbe und Industrie vergleichbar ist. Die Zugangsbedingungen zu den Märkten für Bahnstrom werden jedoch insbesondere durch die im Energiesektor etablierte allgemeine Regulierung der Versorgungsnetze bestimmt. Wichtigster und bisher auch alleiniger Versorger mit Bahnstrom ist die DB Energie GmbH. Das technisch spezielle Bahnstromnetz wird im Wesentlichen ebenfalls von der DB Energie GmbH gehalten. Eisenbahnverkehrsunternehmen können die Stromversorgung entweder komplett von der DB Energie GmbH durchführen lassen – in diesem Fall sieht die DB Energie GmbH jedoch Mengenrabatte vor, die aufgrund ihrer Marktstellung nur die eigenen Transportschwesterunternehmen der Deutschen Bahn AG ausschöpfen können – oder alternativ lediglich den Netzzugang buchen und sich von einem dritten Anbieter am Energiemarkt versorgen lassen. Letztere Option spielte jedoch praktisch bisher keine Rolle, da die Kosten für den Netzzugang so hoch waren, dass sich der Drittbezug nicht lohnte. Dies könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass die Entgelte für den Netzbezug bisher keiner regulatorischen Kontrolle unterlagen, wie das im Rahmen der Entgeltregulierung bei gewöhnlichen Übertragungs- und Verteilnetzen der Fall ist. Die DB Energie GmbH berief sich hier bisher auf eine nicht eindeutig geklärte Rechtslage; allerdings wurde Ende 2010 durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs klargestellt, dass die Netze der DB Energie GmbH auch der Entgeltregulierung des Energierechts unterliegen.

22.* Unklar bleibt, ob mit einer Anwendung der Entgeltregulierung die missliche Lage der Energieversorgung gelöst wurde. Auch die Regelungen zur zeitlich exakten Einspeisung, zum Preis für Ausgleichsenergie und zur Vergütung von rückgespeistem Bremsstrom behindern die Wettbewerber auf Eisenbahnmärkten. Es wäre daher sinnvoll, die Regulierung des Bahnstroms im Energierecht auf die Erfordernisse des Bahnsektors anzupassen. Dies könnte dadurch geschehen, dass die Vorschriften des Energierechts um eine Vorgabe für Bahnstromnetzbetreiber ergänzt werden, nach der für Eisenbahnverkehrsunternehmen spezielle Bahn-Lastprofile zur Anwendung kommen. Diese sind für jeden Verkehr nach Fahrplan und für Gelegenheitsverkehre zu berechnen und sollen kumuliert dem typischen Tageslastgang im Bahnstromnetz entsprechen. Die Lastprofile könnten differenziert nach Zug- und Streckentyp unmittelbar um eine typische Bremsstrommenge bereinigt werden. In Verbindung mit einer effizienten Regulierung der Entgelte für den Zugang zum Bahnstromnetz würden damit die Voraussetzungen geschaffen, dass sich wirksamer Wettbewerb auch bei der Energieversorgung von Eisenbahnverkehrsunternehmen entwickeln kann.

23.* Die Monopolkommission hat festgestellt, dass Verfahrensabläufe des Eisenbahn-Bundesamtes wichtige

Hindernisse bei der Durchführung effizienter Verkehre darstellen und verbesserungsbedürftig sind. Dies betrifft die derzeitigen Prozesse bei der Zulassung von Fahrzeugen und der Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen, die jedes Verkehrsunternehmen für die Teilnahme am öffentlichen Eisenbahnbetrieb benötigt. Für die Erteilung einer Sicherheitsbescheinigung ist es aufgrund von gesetzlichen Neuerungen erforderlich, dass seitens der Eisenbahngesellschaften ein Sicherheitsmanagementsystem erstellt wird. Dieses muss dem Eisenbahn-Bundesamt zur Prüfung und Genehmigung vorgelegt werden. Die damit einhergehende Umstellung brachte in Deutschland massive Probleme mit sich. So war bis Ende Februar 2011 lediglich zehn von 312 Eisenbahnverkehrsunternehmen eine Sicherheitsbescheinigung mit Zulassung eines Sicherheitsmanagementsystems für 2011 erteilt worden. Bis zur Eröffnung einer Übergangsregelung durch das Eisenbahn-Bundesamt Mitte Dezember 2010 sah sich daher ein Großteil der Eisenbahnverkehrsunternehmen der Gefahr ausgesetzt, mit dem Jahreswechsel den Eisenbahnbetrieb einstellen zu müssen. Die Geschäftsplanung dieser Unternehmen unterlag für die kommenden Jahre erheblichen Risiken. Nach Auffassung der Monopolkommission wäre es Aufgabe des Eisenbahn-Bundesamts gewesen, diese Risiken frühzeitig anzuerkennen und zu adressieren. Die Monopolkommission hält es aufgrund der komplexen Rechtslage und der kurzfristigen Umstellung für erforderlich, ein Beispiel-Sicherheitsmanagementsystem vorzugeben. Dadurch können Mindestanforderungen klargestellt werden, die als Orientierungshilfe bei der Erstellung der Sicherheitsmanagementsysteme dienen. Diese Vorgabe hätte frühzeitig gemacht werden müssen. Zusätzlich sollte ein elektronisches Kommunikationssystem zur Unterstützung und Dokumentation der Genehmigungsverfahren implementiert werden. In diesem System sollte jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen jederzeit ausführliche und explizite Informationen zum Stand des jeweiligen Verfahrens abrufen können. Auch die Kommunikation zwischen Verkehrsgesellschaften und Eisenbahn-Bundesamt sollte innerhalb dieses Systems stattfinden. Dies erleichtert konstruktive Rückmeldungen.

24.* Da das Eisenbahn-Bundesamt nicht im Wettbewerb steht, haben die Eisenbahnverkehrsunternehmen keine Möglichkeit, Zulassungen an anderer Stelle zu beantragen. Eine Möglichkeit zur Dynamisierung der Sicherheitsprüfungen unter Aufrechterhaltung der Sicherheitsstandards liegt nach Auffassung der Monopolkommission in der Übertragung von einzelnen Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamts an privatwirtschaftliche Organisationen. Staatlich kontrollierte und akkreditierte technische Prüforganisationen könnten in gewissem Umfang hoheitliche Aufgaben übertragen bekommen, wie dies in anderen Bereichen beispielsweise durch technische Überwachungsvereine bereits seit Jahrzehnten erfolgreich geschehen ist. Durch die Begutachtung von Managementsystemen werden von der Aufsichts- und Genehmigungsbehörde zunehmend beratende Tätigkeiten verlangt, die nicht den originären hoheitlichen Aufgaben einer Behörde entsprechen und daher auch nicht zwingend durch eine solche erbracht werden sollten. Vor diesem Hintergrund fordert die Monopolkommission die Bundesregierung auf, die Übertragung von Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamts auf privatwirtschaftliche Überwachungsstellen zu prüfen.

25.* Obwohl die Struktur im deutschen SPNV-Markt durch eine Vielzahl von Wettbewerbern gekennzeichnet ist, hat die DB Regio AG mit ihren Tochterunternehmen mit einem Marktanteil von 87,5 Prozent an den gefahrenen Personenkilometern bzw. 78,4 Prozent an den Zugkilometern weiterhin eine sehr dominante Position inne. Da Schienenpersonennahverkehr in Deutschland unter den vorliegenden Rahmenbedingungen nicht rentabel zu betreiben ist, erfolgte die Liberalisierung in diesem Bereich, indem Ländern und Regionen als Aufgabenträgern die Möglichkeit eröffnet wurde, SPNV-Leistungen zu bestellen. Den Bundesländern werden zu diesem Zweck begrenzte Regionalisierungsmittel aus dem Bundeshaushalt zur Verfügung gestellt. Bei der Vergabe von Verkehrsleistungen sollen dabei Verkehrsverträge mit denjenigen Unternehmen geschlossen werden, die die geforderte Leistung am effizientesten erbringen können. So ist es auch innerhalb eines wettbewerblichen Ordnungsrahmens möglich, ein flächendeckendes Schienennahverkehrsangebot sicherzustellen. Die Vergabe von Eisenbahnverkehrsaufträgen kann dabei auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Im Allgemeinen sind ein öffentliches Ausschreibungsverfahren und die Durchführung eines transparenten wettbewerblichen Verfahrens vorgesehen, an dem sich konkurrierende Verkehrsunternehmen mit ihren Angeboten beteiligen. Allerdings sind unter bestimmten Voraussetzungen auch eingeschränkte Ausschreibungsverfahren oder freihändige Vergaben möglich. Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive ist die Ausschreibung als prinzipiell vorzuziehendes Verfahren zu sehen. Zum einen zwingt der Wettbewerbsdruck bei Ausschreibungen die Anbieter, ihre Leistungen zu niedrigen Preisen anzubieten, und zum Zweiten vereinfacht die Ausschreibung die Auswahl des effizientesten Anbieters. So wird durch eine wettbewerbliche Vergabe an den Anbieter mit dem besten Angebot zum günstigsten Preis eine effiziente Leistungserstellung ermöglicht. Empirisch belegte erhebliche Effizienzsteigerungen durch Ausschreibungswettbewerb machen deutlich, dass durch freihändige Vergaben eine enormes Wohlfahrtsteigerungspotenzial ungenutzt bleibt. Die Monopolkommission ist auch der Auffassung, dass die Ausschreibungen von SPNV-Leistungen im Allgemeinen den Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit besser gerecht werden. Daher mahnt die Monopolkommission an, auf freihändige Vergaben höchstens übergangsweise in sehr vereinzelten Ausnahmesituationen zurückzugreifen, wenn dadurch gesamtwirtschaftliche Vorteile bestehen und der Wettbewerb gefördert wird, und sonst auf wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren zu setzen.

26.* Auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit bezüglich der vergabe- und beihilfenrechtlichen Situation ist den Aufgabenträgern zu empfehlen, Verkehrsverträge über den Weg der wettbewerblichen Vergabeverfahren abzuschließen. Die Vergabe von Verkehrsaufträgen wird von komplexen Vorschriften des deutschen und europäi-

schen Vergaberechts und des europäischen Beihilfenrechts beeinflusst und war und ist Gegenstand intensiver rechtlicher Diskussionen. Im Rahmen des Vergaberechts war lange ungeklärt, ob das Eisenbahnrecht die Anwendung des GWB-Vergaberechts ausschließt oder ob bei der Vergabe von SPNV-Verträgen die allgemeinen Vergabevorschriften Anwendung finden. Mit seinem Beschluss vom 8. Februar 2011 entschied der Bundesgerichtshof schließlich im Sinne der Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts und lehnte damit eine Verdrängung durch das spezielle Eisenbahnrecht ab. Dadurch wurden die Möglichkeiten freihändiger Vergaben eingeschränkt. Die Monopolkommission begrüßt die lange fällige Grundsatzentscheidung mit ihrem klaren Votum und der damit einhergehenden Stärkung der Vergaben durch wettbewerbliche Ausschreibungen. Die Entscheidung sorgt schließlich für Rechtssicherheit in einer für den Schienenpersonennahverkehr sehr wichtigen Frage und schafft ein belastbares Rechtsregime für SPNV-Vergaben. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die jahrelangen Unklarheiten in Bezug auf die Anwendbarkeit der Bedingungen für Direktvergaben signifikante volkswirtschaftliche Kosten verursacht haben. Diese hätten durch eine klarere Fassung der Normen vermieden werden können. Einer Initiative der Bundesländer, mit welcher der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs teilweise entgegengewirkt werden soll, erteilt die Monopolkommission eine klare Absage. Sie erkennt kein hinreichendes Bedürfnis für ein eigens ausgearbeitetes SPNV-Vergaberecht, da in der derzeitigen, durch den BGH-Beschluss präzisierten Rechtslage und durch die bestehenden Ausnahmemöglichkeiten ausreichend Spielräume verbleiben, um den Anforderungen der Praxis zu genügen. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte deshalb keinesfalls ein sektorspezifisches Vergaberecht für den Schienenpersonenverkehr gestaltet werden. Eine generelle, gesetzlich geregelte Zulässigkeit der Direktvergabe gleichrangig neben der wettbewerblichen Vergabe könnte den Wettbewerb massiv beeinträchtigen.

27.* Mittlerweile haben viele Aufgabenträger die Erfahrung gemacht, dass Ausschreibungen häufig zu deutlichen Kostenersparnissen, verbesserten Serviceleistungen und damit verbundener steigender Attraktivität des Schienenpersonennahverkehrs sowie besserer Auslastung der Züge führen. So hat der Anteil der Ausschreibungen in den vergangenen Jahren kontinuierlich zugenommen. Allerdings ist in jüngsten Ausschreibungen ein deutlich abnehmender Wettbewerb erkennbar. Dies lässt sich vorwiegend darauf zurückführen, dass Wettbewerber aus verschiedenen Gründen zunehmend weniger Möglichkeiten haben, konkurrenzfähige Angebote abzugeben. Vor dem Hintergrund der anstehenden Vergabewelle ist es erforderlich, genügend Wettbewerber für jede einzelne Vergabe zu interessieren, um ausreichend Wettbewerb zu schaffen. Aufgabenträger können dabei durch die Ausgestaltung der Ausschreibungen dafür sorgen, dass die Vergabeverfahren für Eisenbahnverkehrsunternehmen attraktiv sind. Die Anforderungen und Rahmenbedingungen für diese Verfahren sind vielfältig. Die Monopolkommission begrüßt, dass sich viele Aufgabenträger darum bemühen, Ausschreibungen so zu gestalten, dass es zu möglichst viel Wettbewerb kommt. Aufgrund bestehender struktureller Finanzierungsschwierigkeiten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ist eine risikomindernde Ausgestaltung von Ausschreibungen, ohne dabei in den Markt einzugreifen, eine zentrale Herausforderung. Die Entscheidungen über die Ausgestaltung der Vergabeverfahren sind dabei nicht pauschal zu treffen, sondern erfordern eine individuelle Betrachtung der Marktgegebenheiten. Die Monopolkommission hält es für wichtig, die bürokratischen Hürden für Eisenbahnverkehrsunternehmen so gering wie möglich zu halten. Dies erfordert eine rechtzeitige Planung und Vorbereitung der Verfahren. Durch einfache und schlanke Verfahren mit einheitlichen, standardisierten Anforderungen und Strukturierungen wird den Verkehrsgesellschaften die Teilnahme am Wettbewerb erleichtert, da unnötige Transaktionskosten vermieden werden. Ein zentrales Hindernis für die Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb für Eisenbahnverkehrsunternehmen stellen derzeit strukturelle Probleme der Fahrzeugbeschaffung dar. Die wichtigsten Probleme im Zusammenhang mit der Fahrzeugfinanzierung bestehen im mangelnden Angebot an tragfähigen und konkurrenzfähigen Finanzierungsmöglichkeiten am Finanzmarkt, in der Unsicherheit bezüglich des Wiedereinsatzes von Fahrzeugen nach Ende des Verkehrsvertrags, im fehlenden Gebrauchtwagenmarkt und in den im Vergleich zu den Vorleistungskosten sinkenden Budgets der öffentlichen Aufgabenträger. Aufgabenträger haben verschiedene Lösungen entwickelt, dem strukturellen Finanzierungsproblem entgegenzuwirken. Eine sachgerechte Bewertung der Optionen können nur die Aufgabenträger selbst unter Berücksichtigung der individuellen Anforderungen und Restriktionen vornehmen. Bei der Auswahl der im Einzelfall geeigneten Alternative sollte nach Auffassung der Monopolkommission die Fahrzeugfinanzierung jedoch prinzipiell so weit wie möglich den Marktkräften überlassen werden. Die Fahrzeugstrategie sollte mit der Vergabestrategie gekoppelt und auf diese abgestimmt werden. Um Anforderungen an das Rollmaterial marktgängiger zu machen, ist es nötig, Abstand von speziellen Anforderungen zu nehmen und stattdessen weitere Standardisierungen anzustreben. Dies ist auch eine Voraussetzung dafür, dass sich ein funktionierender Sekundärmarkt für Rollmaterial im Schienenpersonennahverkehr entwickeln kann. Wiedereinsatzgarantien stellen unter den derzeitigen Rahmenbedingungen eine wirksame Möglichkeit der Aufgabenträger dar, den Verkehrsunternehmen die Fahrzeugfinanzierung zu erleichtern, ohne unnötig stark in den Markt einzugreifen. Daher sollte vorübergehend stärker von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte außerdem der Einsatz von Gebrauchtfahrzeugen prinzipiell häufiger und problemloser möglich sein. Deshalb sollte in Ausschreibungen soweit wie möglich auf die Forderung nach Neufahrzeugen verzichtet werden.

28.* Das bestehende Tarif- und Vertriebssystem im Schienenpersonenverkehr birgt erhebliches Konfliktpotenzial und kann sich deutlich nachteilig auf den Wettbe-

werb auswirken. Im bestehenden Kooperationssystem ist nur die Deutsche Bahn AG in der Lage, einen bundesweiten Ticketvertrieb sicherzustellen und einen einheitlichen Tarif vorzugeben. Sie kann ihre marktbeherrschende Stellung nutzen, um den Wettbewerbern die Bedingungen des Systems in wesentlichen Punkten zu diktieren. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Bereich kann als wesentliche Markteintrittsbarriere fungieren. Nach Meinung der Monopolkommission kann das bestehende Konfliktpotenzial der aktuellen Tarif- und Vertriebskooperationen durch die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens, nach dem die Anbieter im Schienenpersonennahverkehr ihre Leistungen zu einem bundesweit gültigen Tarif anbieten, aufgelöst werden. Der gemeinsame Tarif sollte durch einen zu gründenden bundesweiten Tarifverbund festgelegt werden, in dem kein einzelnes Nahverkehrsunternehmen eine dominierende Stellung besitzt. Die Aufgabenträger sind als ebenfalls Betroffene in diesen Tarifverbund einzubinden. Der Tarifverbund ist damit zu beauftragen, einen bundesweiten SPNV-Tarif zu entwickeln und den Vertrieb der gemeinsamen Tickets zu koordinieren. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich durch die Zusammenführung der Interessen der Verbundbeteiligten in einem Tarifverbund, in dem kein Akteur eine dominante Position besitzt, innerhalb der vorgegebenen Grenzen effiziente interne Regelungen einstellen werden. Daher bedarf der Mechanismus zur Erlösaufteilung und die Weitergabe von Vertriebsdaten in diesem Rahmen keiner gesonderten Regulierung. Beteiligte Unternehmen und Verbände diskutieren seit einiger Zeit über eine Neugestaltung der bestehenden Strukturen, haben diese Verhandlungen bisher jedoch nicht abschließen können. Aufgrund der mit derartigen Verhandlungen einhergehenden Schwierigkeiten hat die Monopolkommission bereits früher gefordert, dass der Gesetzgeber die Beteiligten verpflichtet, bis zu einem bestimmten Stichtag einen Tarifverbund zu gründen. Falls sich die Betroffenen bis zu diesem Termin nicht einigen können, sollte der zuständige Minister die Organisation des Verbundes per Verordnung bestimmen.

29.* Im Schienenpersonenfernverkehr hat sich bisher kein relevantes Wettbewerberangebot entwickelt. Ab Herbst 2011 soll der Hamburg-Köln-Express (HKX) dreimal täglich die stark frequentierte Nord-West-Relation zwischen diesen Metropolen bedienen und wird damit in direkter Konkurrenz zu bestehenden Angeboten der DB Fernverkehr AG stehen. Eine zentrale Hürde für den Markteintritt im Schienenpersonenfernverkehr stellt die Unsicherheit des Geschäfts und die damit einhergehende Problematik der Sicherstellung der Finanzierung des Angebots dar. Ein wesentlicher Teil der Risiken eines Eintritts in den SPFV-Markt hat dabei keinerlei Bezug zu den eigentlichen Marktrisiken. Insbesondere die mangelnde Transparenz und Sicherheit im Hinblick auf freie Infrastrukturkapazitäten stellt ein Hindernis für den Eintritt in den SPFV-Markt dar. Solange jedoch insbesondere die Trassenverfügbarkeit nicht langfristig garantiert werden kann, stellt die notwendige Finanzierung des Angebots ein erhebliches Problem für den Marktzutritt dar. Frühere Eintrittsversuche des Eisenbahnunternehmens Locomore Rail, das schließlich den HKX initiierte, in den Markt für SPFV-Leistungen und die resultierenden Probleme des Abschlusses geeigneter Rahmenverträge, die den Markteintritt um mehrere Jahre verzögerten, zeigen diese Problematik beispielhaft. Der Erfolg des HKX wird nach Einschätzung der Monopolkommission einen wichtigen Einfluss darauf haben, ob mittelfristig weitere neue Marktakteure die erheblichen und schwer kalkulierbaren Risiken eines Eintritts in diesem Markt in Kauf nehmen werden. Die Monopolkommission sieht im Schienenpersonenfernverkehr schlechtere Bedingungen für den Marktzutritt neuer Anbieter als in den anderen Verkehrsmärkten. Ob in den nächsten Jahren vermehrt Wettbewerber in diesen Markt eintreten werden, hängt neben dem Erfolg des HKX entscheidend davon ab, dass sich die institutionellen Rahmenbedingungen insbesondere im Hinblick auf den Infrastrukturzugang verbessern. Wenn die dargestellten Probleme durch den Gesetzgeber angegangen werden, sieht die Monopolkommission langfristig gute Aussichten dafür, dass sich auch im Schienenpersonenfernverkehr ein effizienter Wettbewerb entwickelt.

30.* Da europäische Staatsbahnen im Rahmen einer Ausweitung des bestehenden Angebots auf den deutschen Markt mit vorhandenem Rollmaterial durch zentrale Markteintrittsbeschränkungen weniger betroffen wären, wäre deren Markteintritt prinzipiell am wahrscheinlichsten. Die bestehenden offiziellen und durch die Wettbewerbsbehörden genehmigten Kooperationen europäischer Staatsbahnen vermindern jedoch in starkem Maß die Möglichkeit des Wettbewerbs dieser Bahnen untereinander. Ein aggressiver Markteintritt ausländischer Staatsbahnen in den nationalen Verkehr gefährdet die bestehenden Kooperationen und senkt damit die Ertragspotenziale des Markteintritts. Dadurch ist es weniger wahrscheinlich, dass Staatsbahnen versuchen werden, in direkte Konkurrenz zueinander zu treten. Insbesondere in Anbetracht der europäischen Liberalisierung von Personenverkehrsdiensten auf grenzüberschreitenden Verbindungen fordert die Monopolkommission eine aktive Nachprüfung der genehmigten Kooperationen durch das Bundeskartellamt in Abstimmung mit der Europäischen Kommission.

31.* Außerhalb Deutschlands wird das allgemeine Personenfernverkehrsnetz üblicherweise durch ein Netz von Fernbusverbindungen ergänzt, die teilweise in Konkurrenz zu den Eisenbahnlinien stehen. In Deutschland ist die Eisenbahn jedoch durch die Reglementierung des Busverkehrs durch das bestehende Personenbeförderungsgesetz weitgehend vor dieser Konkurrenz geschützt und so existiert dort zum Schutz der Bahn kein intermodaler Wettbewerb zwischen Bus und Bahn im Personenfernverkehr. Intermodaler Wettbewerb zwischen systemisch unterschiedlichen Verkehrsträgern optimiert den Verkehrsmix einer Volkswirtschaft. Vor diesem Hintergrund ist eine Deregulierung anzustreben. Die Monopolkommission begrüßt die grundlegende und von ihr mehrfach geforderte Entscheidung der Bundesregierung, durch eine Neufassung des Personenbeförderungsgesetzes einen eigenwirtschaftlichen Linienfernverkehr mit Bussen zu ermöglichen. Positiv zu sehen sind insbesondere die Ausnahmen von der allgemeinen Tarif- und Fahrplanpflicht

für den Fernbusverkehr und dass ein Verbot der Doppelbedienungen von Relationen durch ein Konzessionssystem nicht vorgesehen ist. Allerdings sollte der Fernbusverkehr auch von der dreimonatigen Betriebspflicht ausgenommen werden. Da die Fernbusunternehmen das Verkehrsangebot aufgrund eigener wirtschaftlicher Entscheidungen und nicht auf Basis öffentlicher Interessen durchführen, sollte auch die Einstellung dieser Leistungen für die Unternehmen jederzeit eigenverantwortlich möglich sein. Durch die im vorliegenden Entwurf vorgesehene Genehmigungspflicht besteht generell die Gefahr, dass ein effizienter Wettbewerb behindert wird. Durch diese Pflicht entstehen aufseiten der Unternehmen und Behörden erhebliche Transaktionskosten. Unter anderem soll durch die geplanten Genehmigungsvoraussetzungen der Schutz von gemeinwirtschaftlich finanzierten Schienenpersonennahverkehren ermöglicht werden. Nach Meinung der Monopolkommission darf der Schutz der staatlich finanzierten SPNV-Verkehre nicht zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs im eigenwirtschaftlichen Fernbusverkehr führen. Da die Monopolkommission keine hinreichenden Gründe sieht, die für eine Genehmigungspflicht des Fernbuslinienverkehrs sprechen, sollte erwogen werden, auf diesen Eingriff in den Markt generell zu verzichten. Insgesamt bleibt abzuwarten, wie sich der Wettbewerb des Busfernverkehrs entfalten wird und ob daraus tatsächlich ein gewisser Wettbewerbsdruck auf den Schienenpersonenfernverkehr entstehen kann.

32.* Trotz eines gewissen Wettbewerbs im Schienengüterverkehr ist die DB Schenker Rail GmbH weiterhin das deutlich dominierende Unternehmen und es bestehen auf diesem Markt nach wie vor zentrale Wettbewerbshindernisse. Die Wettbewerbsintensitäten im Schienengüterverkehr differieren stark nach den transportierten Gütergruppen und den angebotenen Logistikkonzepten. Wettbewerbliche Impulse gehen bisher vor allem vom Teilsegment der Ganzzugverkehre aus, die ohne Zugumbildungen auskommen und logistisch weniger komplex sind. Aufwendigere Logistikdienstleistungen werden bisher überwiegend durch die Deutsche Bahn AG erbracht. Im besonders komplexen Einzelwagenverkehr ist ausschließlich die DB Schenker Rail GmbH aktiv. Notwendige Voraussetzung für einen Wettbewerb in den Teilmärkten, die logistisch komplexer sind, ist ein diskriminierungsfreier Zugang zu speziellen Serviceeinrichtungen wie Zugbildungsanlagen der Deutschen Bahn AG. Allgemein stellen im Schienengüterverkehr die Zugangsbedingungen zu Infrastruktureinrichtungen der Deutschen Bahn AG entscheidende Wettbewerbshindernisse dar.

1 Einleitung

1. Wettbewerbsdruck kann hinreichende Anreize zur Effizienzsteigerung, Kundenorientierung und für Innovationen setzen, sodass erhebliche Steigerungen der gesellschaftlichen Wohlfahrt erzielt werden können. Zum Erreichen dieser Ziele mittels sich entwickelnden Wettbewerbs im Schienenverkehr ist eine Liberalisierung der Märkte notwendig, die allen konkurrierenden und potenziellen Marktakteuren dieselben Möglichkeiten bietet. Mit der Bahnreform und dem Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG)[1] sowie europäischen Vorgaben wurden dazu entscheidende Grundlagen gelegt.

2. Seit 2005 ist die Monopolkommission nach § 36 AEG verpflichtet, alle zwei Jahre ein Sondergutachten zum Stand und zur absehbaren Entwicklung des Wettbewerbs sowie zu der Frage vorzulegen, ob ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb auf der Schiene bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen sichergestellt ist. Ferner soll die Monopolkommission die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts würdigen und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb Stellung nehmen. Das Gutachten soll in dem Jahr abgeschlossen sein, in dem kein Hauptgutachten nach § 44 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)[2] vorgelegt wird. Bei dem vorliegenden Sondergutachten handelt es sich um die dritte Expertise der Monopolkommission gemäß § 36 AEG.[3] In ihrem ersten Sondergutachten zum Eisenbahnsektor vor vier Jahren hat die Monopolkommission bereits erläutert, wie dem gesetzlichen Auftrag nach ihrem Verständnis nachzukommen ist.[4] Der Gutachtenauftrag gemäß dem Wortlaut des § 36 AEG erstreckt sich auf

- eine Bestandsaufnahme und Prognose der Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor, wie er sich im intramodalen Wettbewerb darstellt,
- die Würdigung der wettbewerbsrelevanten Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts mit besonderer Beachtung der Netzzugangsregeln und somit der Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur in maßgeblichen Fällen,
- Stellungnahmen zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnen, inklusive möglicher Wettbewerbsverzerrungen zwischen verschiedenen Verkehrsträgern.

[1] Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27. Dezember 1993, BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439; zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29. Juli 2009, BGBl. I S. 2542.

[2] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005, BGBl. I S. 2114; 2009 I S. 3850; zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Juli 2011.

[3] Zuvor erstellte die Monopolkommission bereits ein Gutachten nach eigenem Ermessen zur Privatisierung der Deutschen Bahn AG; vgl. Monopolkommission, Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG, Sondergutachten 46, Baden-Baden 2007.

[4] Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten 48, Baden-Baden 2007, Tz. 20.

3. Das Ziel der Bahnstrukturreform von 1994 war es, dem Teil des Eisenbahnmarktes, der rein privatwirtschaftlich zu betreiben ist, Raum für wettbewerbliche Entwicklung zu geben. Die Konkurrenz privater Eisenbahngesellschaften um das bestmögliche Angebot sollte dazu führen, dass Effizienzen im Eisenbahnverkehr gehoben werden und so Qualität und Preise des Angebots im Sinne der Verbraucher verbessert und staatliche Zuwendungen gesenkt werden. Aktiver Wettbewerb im Eisenbahnsektor ist auf der Ebene der Verkehrsgesellschaften möglich. Dabei stellt die Eisenbahninfrastruktur ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Angebote der Eisenbahnverkehrsgesellschaften dar. Die Bedingungen des Angebots dieser Vorleistungen sind ein zentraler Einflussfaktor für die Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor. Dementsprechend können Probleme im Zusammenhang mit dem Zugang zu Infrastruktureinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen entscheidende Wettbewerbshindernisse sein. Diese Hindernisse werden, differenziert nach Entgeltfragen und Zugangsbedingungen, in Kapitel 2 dargestellt.

In ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnsektor aus dem Jahr 2009 hat die Monopolkommission dargelegt, dass sie für die Beurteilung der Entwicklung des Wettbewerbs im Eisenbahnsektor, der auf der Ebene der Transportunternehmen möglich ist, eine getrennte Betrachtung der Verkehrsleistungen Schienenpersonennahverkehr (SPNV), Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) und Schienengüterverkehr (SGV) als geboten ansieht.[5] Daher differenziert sie die Begutachtung der Wettbewerbsentwicklung und -hindernisse nach Teilmärkten, in denen sich der Wettbewerb sehr unterschiedlich entwickelt hat. Die speziellen Entwicklungen und Hindernisse der drei Teilmärkte werden in den Kapiteln 3, 4 und 5 analysiert. Dabei werden spezifische Probleme erörtert, die den Markteintritt von Eisenbahnverkehrsunternehmen erschweren. In Kapitel 6 wird aus den durchgeführten Analysen ein Paket von politischen Handlungsempfehlungen abgeleitet.

Bevor die grundlegende Analyse der Wettbewerbsentwicklung in den nachfolgenden Kapiteln dargestellt wird, werden in den kommenden Abschnitten dieses Kapitels zunächst grundlegende Problematiken beschrieben und übergeordnete bahnpolitische Diskussionen aufgegriffen. Dazu werden zunächst Initiativen zur Stärkung des Wettbewerbs betrachtet. Insbesondere wird untersucht, welche Handlungsempfehlungen des letzten Sondergutachtens der Monopolkommission von Entscheidungsträgern aufgegriffen worden sind. Im Rahmen der Betrachtung aktueller Diskussionen wird erneut betont, dass eine Trennung von Infrastruktur und Betrieb anzustreben ist, da nur dann eine effiziente Regulierung erreichbar ist. Des Weiteren wird die häufig vorgebrachte Argumentation der mangelhaften Liberalisierung ausländischer Märkte als Motivation für eine abwartende Haltung in Deutschland hinterfragt.

[5] Vgl. Monopolkommission, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung, Sondergutachten 55, Baden-Baden 2010, Tz. 4 f.

1.1 Bestandsaufnahme politischer Initiativen für mehr Wettbewerb im Eisenbahnverkehr

4. Grundsätzlich sieht die Monopolkommission die Wettbewerbsintensität im Eisenbahnverkehr weiterhin als nicht zufriedenstellend an. Die Monopolkommission hat in ihren bereits erstellten Gutachten die Wettbewerbsentwicklung des Eisenbahnmarktes intensiv analysiert und bestehende Wettbewerbshindernisse aufgezeigt. Darauf aufbauend hat sie Handlungsempfehlungen insbesondere auch an politische Entscheidungsträger gegeben.[6] Bisher sind wenige dieser Empfehlungen konkret diskutiert oder angekündigt worden und keine endgültig umgesetzt. Daher besteht ein Großteil der aufgezeigten Schwachstellen des Regulierungsrahmens und der dadurch vorliegenden Wettbewerbshindernisse weiterhin und wird in diesem Gutachten erneut thematisiert. Die Monopolkommission sieht die Entscheidungsträger vor diesem Hintergrund unter Zugzwang.

5. Die Monopolkommission hat festgestellt, dass zahlreiche wesentliche Wettbewerbsprobleme unmittelbar auf die Anreize und Möglichkeiten der Eisenbahninfrastrukturbetreiber zurückzuführen sind, Wettbewerber auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten zu benachteiligen. Daher hat sie sich dafür ausgesprochen, die Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte herbeizuführen, indem die Privatisierung der Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG konsequent durchgeführt wird. In ihrem Koalitionsvertrag hat die Bundesregierung vereinbart, eine schrittweise, ertragsoptimierte Privatisierung der Transport- und Logistiksparte einzuleiten, sobald der Kapitalmarkt dies zulässt.[7] Im Gegensatz dazu stehen aktuelle Aussagen des Bundesministers für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, wonach diese Privatisierung mittelfristig nicht angegangen werden soll.[8] Im vorliegenden Gutachten wird diese Thematik im folgenden Abschnitt diskutiert.

6. Die Empfehlungen der Monopolkommission zur Regulierung des Infrastrukturzugangs beinhalten eine Anpassung des Systems zur Regulierung der Zugangsentgelte und der Vorgaben der Zugangsgewährung zur Eisenbahninfrastruktur. Im Koalitionsvertrag wird eine Überarbeitung des Regulierungsrechts im Allgemeinen Eisenbahngesetz in Aussicht gestellt.[9] Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hat auf eine konkrete Nachfrage der Monopolkommission bezüglich der Novellierung des Allgemeines Eisenbahngesetzes ein Abwarten der Neufassung des ersten Eisenbahnpakets angekündigt. Die Verabschiedung dieses Pakets wird allerdings noch einige Zeit auf sich warten lassen. Zurzeit gibt es nach Aussage des Vizepräsidenten der EU-Kommission und EU-Verkehrskommissars Siim Kallas einige Verzögerungen, da das Thema „übermäßig politisiert" werde.[10] Damit ist nicht abzusehen, wann die Neufassung tatsächlich verabschiedet werden wird. Vor diesem Hintergrund erscheint der Monopolkommission die abwartende Haltung der Bundesregierung nicht angebracht. Seit Langem bekannte Schwachstellen des Regulierungsrahmens bleiben so weiterhin bestehen und es ist vor dem Hintergrund der Klage der EU-Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof zweifelhaft, ob die bereits bestehenden Vorgaben der Europäischen Union in Deutschland umgesetzt sind. Auch ist zu bemerken, dass die EU-Kommission weitere Maßnahmen bezüglich der Öffnung der Schienenpersonenverkehre für 2012 angekündigt hat. Ein Abwarten europäischer Entscheidungen ist deshalb nicht zielführend. Vor dem dargestellten Hintergrund erneuert die Monopolkommission die im Zusammenhang mit dem Zugang zu Schieneninfrastruktur und Serviceeinrichtungen bereits vor zwei Jahren gegebenen Handlungsempfehlungen (Kapitel 2).

7. Bei der Vergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen hat die Monopolkommission faire und funktionsfähige Wettbewerbsbedingungen durch gesetzliche und praktische Stärkung der Ausschreibungen von Verkehrsaufträgen gefordert. Trotz einer letztinstanzlichen Klarstellung zur Anwendbarkeit des deutschen Vergaberechts auf die Vergabe von SPNV-Leistungen verbleiben im Nahverkehr erhebliche Wettbewerbshindernisse (Kapitel 3). So unterliegt das Koordinierungsverfahren, nach dem die Anbieter ihre Leistungen zu einem gemeinsamen, bundesweit gültigen Tarif anbieten, weiterhin keinen gesetzlichen Vorgaben.

Zur Herstellung eines effizienten Wettbewerbs im Personenfernverkehr hat die Monopolkommission gefordert, den Fernbusverkehr für den Wettbewerb zu öffnen. Die Bundesregierung hat mittlerweile einen Entwurf zur Neufassung des Personenbeförderungsgesetzes beschlossen (Kapitel 4).

8. Um die Wirksamkeit der Regulierung der Eisenbahninfrastrukturbetreiber zu erhöhen, hat die Monopolkommission eine Stärkung der Kompetenzen der Bundesnetzagentur gefordert.[11] Neben den in Kapitel 2 des vorliegenden Gutachtens dargelegten Kompetenzmängeln in Bezug auf die Kontrolle der Infrastrukturentgelte und -zugangsbedingungen sind die Möglichkeiten der Bundesnetzagentur, Marktuntersuchungen durchzuführen, eingeschränkt. Im Eisenbahnsondergutachten von 2009 hat die Monopolkommission bereits darauf hingewiesen, dass sie die Möglichkeit zu Marktuntersuchungen der Bundesnetzagentur als ein notwendiges Instrument zur präventiven Kontrolle von Diskriminierungstatbeständen ansieht und daher eine gesetzliche Initiative für notwendig hält, die es der Bundesnetzagentur erlaubt, Marktbeobachtungen auch dann durchzuführen, wenn diese nicht auf einem bereits konkreten Missbrauchsverdacht basieren, sondern der Informationsbeschaffung dienen.

9. Auch hat die Monopolkommission darauf aufmerksam gemacht, dass ihr Auftrag über die Erstellung eines

---

6 Vgl. ebenda, Kapitel 6.

7 Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 37.

8 Vgl. Gaugele, J./Kammholz, K./Strunz, C., Ramsauer plant Börsengang der Bahn als Perspektive, Hamburger Abendblatt vom 16. Januar 2011; Schlesinger, C./Wettach, S./Haerder, M., Schienennetz beschert Deutscher Bahn hohen Gewinn, Wirtschaftswoche vom 28. Februar 2011.

9 Vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, a. a. O., S. 38.

10 Vgl. Grimm, O., EU-Kommissar: „Trennt das Geschäft von der Politik", Die Presse vom 22. April 2011.

11 Die Regierung hat im Koalitionsvertrag eine Stärkung der Bundesnetzagentur angekündigt, jedoch dazu nicht weiter Stellung bezogen.

Sondergutachtens in § 36 AEG nur unvollständig geregelt ist.[12] Zum einen hat der Gesetzgeber keinen Empfänger des Gutachtens benannt. In Anlehnung an die bereits etablierten Vorschriften in § 62 EnWG schlägt die Monopolkommission erneut vor, den Auftrag der Monopolkommission in § 36 AEG durch die Aufnahme eines Adressaten in einem zusätzlichen Absatz 2 zu konkretisieren:

„Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung legt diese Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. Bei Gutachten nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden."

Darüber hinaus fehlt der Monopolkommission weiterhin ein umfassendes Akteneinsichtrecht bei der Bundesnetzagentur. Zur Erfüllung des vom Gesetzgeber erteilten Auftrags ist der Zugriff auf die Informationen der Bundesnetzagentur jedoch erforderlich. Die Monopolkommission schlägt deshalb erneut vor, das Allgemeine Eisenbahngesetz entsprechend § 121 Absatz 2 TKG und § 62 EnWG um folgende Vorschrift zu ergänzen:

„Die Monopolkommission kann Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten sowie die von der Bundesnetzagentur erhobenen Daten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Für den vertraulichen Umgang mit den Akten gilt § 46 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend."

10. Zu Verbesserung der Rahmenbedingungen, die geeignet sind, der in § 1 Absatz 1 Satz 1 AEG geforderten Schaffung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs und eines attraktiven Verkehrsangebots auf der Schiene zu dienen, ist zeitnahes Handeln geboten. Die Monopolkommission hat dazu entscheidenden Handlungsbedarf aufgezeigt und bekräftigt diesen im vorliegenden Sondergutachten erneut. Auf die konkrete Anfrage der Monopolkommission an das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung bezüglich legislativer Initiativen wurde auf die Vorhaben im Koalitionsvertrag verwiesen und dargestellt, dass Änderungen zur Weiterentwicklung des Regulierungsrechts derzeit geprüft werden. Die Monopolkommission begrüßt die grundsätzliche Feststellung des Änderungsbedarfs durch die Bundesregierung, mahnt jedoch an, entscheidende Probleme schnellstmöglich anzugehen.

1.2 Integration oder Trennung von Infrastruktur- und Transportunternehmen der Deutschen Bahn AG?

11. Im Eisenbahnsektor ist aktiver Wettbewerb auf der Ebene der Verkehrsunternehmen möglich. Wettbewerb schafft Anreize zur Steigerung der Effizienz und bietet so die Möglichkeit, zum Vorteil der Unternehmen, Mitarbeiter und Kunden Qualität und Preise der Angebote zu verbessern. Aufgrund der wechselseitigen Wirkungen der beiden Ebenen Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehr ist die unterschiedliche Behandlung dieser Leistungsbereiche von extremer Relevanz für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Die Eisenbahninfrastruktur stellt ein notwendiges Vorleistungsprodukt für die Angebote der Verkehrsunternehmen dar. Dabei handelt es sich bei der Eisenbahninfrastruktur und insbesondere beim Schienennetz um ein natürliches Monopol. Dadurch besitzen die Infrastrukturgesellschaften nicht bestreitbare Marktmacht. Unabhängig von der vertikalen Struktur bedarf es deshalb einer Regulierung der Infrastrukturentgelte. Diese Preisregulierung soll die Anbieter der Infrastruktur daran hindern, missbräuchlich überhöhte Entgelte zu verlangen und so eine Monopolrente abzuschöpfen. Neben der Preishöhe ist das diskriminierungsfreie Angebot dieser Vorleistung Infrastrukturzugang eine unerlässliche Voraussetzung für die Gewährleistung effizienten Wettbewerbs. Die eigentumsrechtlichen und institutionellen Rahmenbedingungen müssen daher so ausgestaltet sein, dass die Infrastrukturbetreiber Anreize haben, die Netzkapazitäten optimal auszulasten und so ein effizientes Angebot auf dem nachgelagerten Markt der Schienenverkehrsleistungen zu ermöglichen. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn der Betreiber der Infrastruktur auch als Verkehrsunternehmen agiert. Ein integriertes Eisenbahnunternehmen kann – und wird – ein Interesse daran haben, den Zugang zur Infrastruktur so auszugestalten, dass die eigenen Verkehrsgesellschaften Vorteile gegenüber den Wettbewerbern erhalten. Nur ein unabhängiger Netzbetreiber behandelt alle Transportunternehmen gleich. Diskriminierung der Wettbewerber auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten führt zu Ineffizienzen und Nachteilen für Verbraucher, den Arbeitsmarkt und die gesamte Volkswirtschaft.

12. Die Trennung von Infrastruktur und Transport ist im Staatsunternehmen Deutsche Bahn AG (DB AG) als Infrastrukturbetreiber und gleichzeitig größtem deutschen Transport- und Logistikunternehmen derzeit nicht gegeben.[13] Bereits in der Vergangenheit hat sich die Monopolkommission klar für die Trennung von Netz und Transport ausgesprochen. Dabei hat sie jedoch nicht die potenziellen negativen Auswirkungen einer solchen Trennung in Abrede gestellt. Im Folgenden sollen Argumente, die für den Fortbestand der integrierten Struktur der Infrastruktur- und Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG sprechen könnten, gewürdigt und gegenüber den Argumenten des wettbewerbsinduzierten Effizienzgewinns

[12] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 245; Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 1.3.

[13] Im für die Deutsche Bahn AG einschlägigen § 9 AEG ist die organisatorische und rechnungstechnische, in § 9a AEG für die Schienenwege auch die gesellschaftsrechtliche Trennung vorgesehen. Im Falle der Deutschen Bahn AG wurden 1999 die Sparten des Konzerns in selbständige Kapitalgesellschaften überführt und entsprechend den bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen an die Holding des Konzerns gebunden. Die wichtigsten Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG im Schienenverkehr sind die DB Regio AG und die DB Fernverkehr AG im Personenverkehr sowie die DB Schenker Rail GmbH im Güterverkehr. Unter der Marke DB Netze ist die Eisenbahninfrastruktur zusammengefasst. DB Netze umfasst unter anderem die Geschäftsfelder Fahrweg (DB Netz AG), Personenbahnhöfe (DB Station & Service AG) und Energie (DB Energie GmbH).

für eine Trennung abgewogen werden. Im Ergebnis zeigt sich nach Auffassung der Monopolkommission, dass der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer Trennung von Netz und Transport gegenüber deren Kosten deutlich überwiegt.

1.2.1 Ordnungspolitische Erwägungen zur vertikalen Struktur der Deutschen Bahn AG

13. Durch die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG vereint der Konzern öffentliche und privatwirtschaftliche Interessen. Mit den Transportunternehmen der Deutschen Bahn AG agiert ein Konzern in Staatshand auf dem Markt, der dem Bund eine jährliche Dividende zu zahlen hat. Der Staat als Gestalter einer wettbewerblichen Wirtschaftsordnung und gleichzeitig Unternehmer, der in dieser Ordnung operiert, sieht sich damit einem Interessenkonflikt ausgesetzt. Die Tätigkeit des Staates, unter wirtschaftlichem Risiko im Wettbewerb mit privaten Unternehmen Verkehrsleistungen anzubieten, ist deshalb nicht mit der auf Markt und Wettbewerb basierenden Wirtschaftsordnung Deutschlands vereinbar. Die wiederholt vorgebrachten politischen Ansprüche an die Bahn, d. h. insbesondere die Sicherstellung der Versorgung in der Fläche, können vor dem Hintergrund der öffentlichen Finanzierung des Schienenpersonennahverkehrs im Wettbewerb privatwirtschaftlicher Unternehmen effizient und sachgerecht erfüllt werden. Daher dient aus Sicht der Monopolkommission die derzeitige staatliche Beteiligung am Wettbewerb durch die Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG nicht dem öffentlichen Interesse.

14. Die Deutsche Bahn AG hat durch ihre aktuelle Gesellschaftsstruktur Anreize, den Konzerngewinn zu maximieren. Daher liegt es in ihrem Interesse, über die Zugangspolitik die Wettbewerber auf den Transportmärkten zu diskriminieren und effizienten Wettbewerb zu behindern, wenn die Verkehrsgesellschaften des DB-Konzerns dadurch Vorteile erlangen können. Die Ergebnisse der vergangenen und des vorliegenden Gutachtens der Monopolkommission zeigen deutlich, dass im gegenwärtigen Regulierungsrahmen zahlreiche Möglichkeiten zur Diskriminierung bestehen und auch unter jeglicher Neufassung der Rahmenbedingungen erhebliche Spielräume zur Diskriminierung verbleiben. Für den integrierten Konzern wäre es daher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht sinnvoll, diese Spielräume nicht zu nutzen. Daher wird die Deutsche Bahn AG, solange Möglichkeiten und Anreize zur Diskriminierung existieren, immer im Verdacht der unbilligen Diskriminierung stehen. Die bestmögliche Lösung dieser Problematik besteht in einer vollständigen institutionellen Trennung von Infrastruktur und Transport, sodass die Anreize für die Infrastrukturbetreiber, bestimmte Eisenbahnverkehrsgesellschaften zu diskriminieren, erheblich reduziert werden.

15. Die vorliegende Expertise der Monopolkommission zeigt, dass eine Vielzahl der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme auf die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG zurückzuführen und die Anforderungen an eine Unabhängigkeit der Netz- und Transportunternehmen in den §§ 9, 9a AEG nicht ausreichend sind.[14] Vor diesem Hintergrund stellt das Organisationsmodell nach Auffassung der Monopolkommission den entscheidenden Faktor für die Wettbewerbsbedingungen im Eisenbahnsektor dar. Das vorliegende Gutachten zeigt insbesondere in Kapitel 2, dass der Deutschen Bahn AG im gemeinsamen Konzern unter dem bestehenden Regulierungsrahmen preisliche und vielfältige nicht preisliche Diskriminierungsmöglichkeiten verbleiben. Die Deutsche Bahn AG verfügt dabei über Anreize und Möglichkeiten, die Zugangspreise und -bedingungen der ihr eigenen Infrastruktur derart zu gestalten, dass die eigenen Unternehmen gegenüber Wettbewerbern im Vorteil sind. Dieses Diskriminierungspotenzial kann die Wettbewerbsintensität auf den Eisenbahnverkehrsmärkten einschränken. Im Gutachten wird deutlich, dass die praktischen Möglichkeiten zur Diskriminierung sehr vielfältig und kaum systematisch zu erfassen sind. Dies ist auch dadurch begründet, dass der Betrieb der Verkehrsunternehmen an viele operative Vorleistungen gebunden ist, die der Infrastrukturbetreiber erbringt. Dazu gehört beispielsweise die Trassenvergabe, die Baustellenplanung, die Gewährung der Zugänge zu Bahnhöfen und vieles mehr. Die Kontrolle insbesondere der nicht preislichen Diskriminierung ist dabei sehr schwierig und stellenweise nicht möglich.[15]

---

14 Dabei ist unklar, ob die Holdingstruktur der Deutschen Bahn AG im Einklang mit bestehendem Unionsrecht steht. Die Europäische Kommission hat am 24. Juni 2010 entschieden, Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof zu verklagen, da Elemente der Rechtsvorschriften des ersten Eisenbahnpakets zur Marktöffnung im Schienenverkehr nicht richtig umgesetzt worden sind; vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juni 2010, Schienenverkehr: Kommission unternimmt rechtliche Schritte gegen 13 Mitgliedstaaten wegen mangelhafter Umsetzung des ersten Eisenbahnpakets, IP/10/807. Unter anderem wird die unzureichende Unabhängigkeit des Betreibers der Schieneninfrastruktur bemängelt. Außerdem finden sich im sog. Konzernjuristenurteil (BVerwG 3 C 21.09) vom 18. Mai 2010 Ausführungen zur Interpretation der bestehenden Rechtslage. Darin werden relativ strenge Anforderungen an die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers gestellt.

15 Die spezifischen Eigenschaften des Eisenbahnmarktes unterscheiden sich dabei fundamental von denen anderer Netzindustrien. Im Eisenbahnverkehr stellt der Zugriff auf die vielen verschiedenen schienenverkehrsbezogenen Leistungen der Eisenbahninfrastrukturbetreiber ein elementares Vorprodukt dar. Das sehr differenzierte Eisenbahnnetz mit vielen unterschiedlichen Trassen und die ebenfalls sehr differenzierten Verkehre, die auf dem Netz fahren, bieten dabei viele preisliche und auch nicht preisliche Diskriminierungsmöglichkeiten. Neben der Nutzung der Schienentrassen mit ihren vielschichtigen Preissystemen sind zusätzliche Zugänge zu weiteren Leistungen wie Bahnstrom, Personenbahnhöfen, Zugbildungsanlagen, Werkstätten etc. nötig. Diese komplexen Zugangsleistungen bieten offensichtlich vielerlei Möglichkeiten zur preislichen Diskriminierung. Darüber hinaus bestehen dadurch, dass das operative Geschäft, d. h. das Fahren der Züge, auf dem Netz stattfindet, unzählige weitere Möglichkeiten zur nicht preislichen Diskriminierung. So betrifft beispielsweise die Trassenbelegung, die Koordinierung des Bahnbetriebs, die Einrichtung von Baustellen oder der Ausbau und die Stilllegungen von Strecken ganz direkt Konkurrenzunternehmen der Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG. Diese spezifischen Eigenschaften und die hohe Komplexität des Infrastrukturzugangs verlangen zur Ermöglichung eines effizienten Wettbewerbs andere Rahmenbedingungen als andere Netzindustrien. Auch ist zu berücksichtigen, dass im Eisenbahnsektor im Gegensatz beispielsweise zum Telekommunikationssektor kein Infrastrukturwettbewerb möglich ist. Es zeigt sich im vorliegenden Gutachten erneut, dass die Diskriminierungsmöglichkeiten im Eisenbahnsektor kaum systematisch zu erfassen sind. Vielmehr schließen diese ein breites Spektrum möglicher Stellschrauben ein, das sich auf sämtliche operativen Aktivitäten der Infrastrukturbetreiber erstrecken kann, die als Vorleistung für Eisenbahnverkehrsunternehmen dienen.

16. Als integriertes Unternehmen hat die Deutsche Bahn AG ein Interesse daran, den Konzerngewinn und nicht individuell die Gewinne der Tochterunternehmen zu maximieren. Dadurch entstehen Anreize, vorhandene Spielräume zur Diskriminierung zu nutzen. Als vergleichsweise klares Anzeichen für die integrierte Gewinnmaximierung und die widersprüchlichen Ziele der Infrastrukturgesellschaften des DB-Konzerns ist zu sehen, dass das Bonussystem der DB Netz AG nach Informationen der Monopolkommission Abhängigkeiten vom Gewinn der Konzernholding beinhaltet. So sind die Mitarbeiter der Infrastrukturgesellschaft auch individuell daran interessiert, dass die Verkehrsunternehmen des Konzerns erfolgreich sind. Auch hat sich die DB Netz AG bis zu einem entsprechenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Mai 2010[16] durch die Rechtsabteilung der Deutschen Bahn AG zu Fragen des Netzzugangs und der Wegeentgelte beraten lassen. Dies verdeutlicht das Selbstverständnis der Deutschen Bahn AG als integriertem Konzern mit konzernweiten Zielsetzungen.

17. Die Deutsche Bahn AG verweist zur Begründung dafür, dass die Organisationsstruktur für den Erfolg der Liberalisierung und gute Wettbewerbsbedingungen nicht der entscheidende Faktor sei, darauf, dass sich in Europa sowohl für getrennte als auch integrierte Modelle Beispiele mit positiver und negativer Wettbewerbsentwicklung finden lassen. Da die Trennung von Infrastruktur und Transport nicht den alleinigen Faktor für eine positive Wettbewerbsentwicklung darstellt, sondern zusätzliche geeignete Rahmenbedingungen vorliegen müssen, stellt die Tatsache, dass es in einigen Ländern trotz eines eigentumsrechtlich getrennten Infrastrukturbetreibers nicht zu einer befriedigenden Marktentwicklung gekommen ist, keinen Hinweis darauf dar, dass die Organisationsstruktur nicht der entscheidende Faktor für eine solche Entwicklung ist. Unter den Ländern, denen der Liberalisierungsindex Bahn eine „fortgeschrittene Marktöffnung“ attestiert, befinden sich mit Österreich und Deutschland lediglich zwei Staaten mit einem nicht vollständig eigentumsrechtlich getrennten Infrastrukturbetreiber.[17] Bereits in früheren Gutachten hat die Monopolkommission auf ihre Bedenken hinsichtlich der Methodik des Liberalisierungsindex und der damit verbundenen Auswirkungen auf die Bewertung des Stands der Liberalisierung in Deutschland hingewiesen.[18] Ungeachtet dessen befindet sich unter den fünf Staaten mit der fortgeschrittensten Liberalisierung nach diesem Index nur ein Staat – Deutschland –, in dem Netz und Transport nicht getrennt sind. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die Marktentwicklungen innerhalb der Europäischen Union nach dem Liberalisierungsindex damit – auch ohne Berücksichtigung der Bedenken hinsichtlich der Bewertungsmethodik – nicht geeignet, die These zu stützen, dass ohne eine vollständige Trennung eine erfolgreiche Entwicklung des Wettbewerbs im Schienenverkehr genauso einfach möglich ist wie mit dieser Trennung. Im Ergebnis deutet diese anekdotische Evidenz im Gegenteil eher darauf hin, dass die Trennung von Netz und Transport eine notwendige (jedoch keine hinreichende) Bedingung für eine erfolgreiche Marktentwicklung darstellt. Diese These wird, wie bereits oben dargelegt, durch die Untersuchungen der Zugangsbedingungen zur Eisenbahninfrastruktur im vorliegenden Gutachten untermauert.

18. Negative Effekte der integrierten Struktur existieren auch auf der theoretischen und praktischen Regulierungsebene. Der Bedarf an durch die integrierte Struktur nötigen Regulierungseingriffen und die daraus typischerweise folgenden gerichtlichen Auseinandersetzungen verursachen erhebliche volkswirtschaftliche Kosten. Im Fall einer eigentumsrechtlichen Trennung von Netz und Betrieb könnte sich die Regulierung von Zugangspreisen zur Infrastruktur auf Preishöhenmissbrauch konzentrieren, da das Interesse an einer Behinderung einzelner Verkehrsgesellschaften deutlich reduziert wäre. Auch können Effekte auf politökonomischer Ebene durch staatliche Eingriffe, die Ineffizienzen auslösen können, nachteilige Auswirkungen der integrierten Struktur verstärken.

1.2.2 Verbundvorteile zwischen Eiseneinbahninfrastruktur und -transport

19. Bei einer Trennung von Infrastruktur- und Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG besteht insbesondere die Gefahr, dass es zu einem Verlust von eventuell bestehenden Verbundvorteilen (economies of scope) kommt bzw. zusätzliche Transaktionskosten entstehen. Eine wissenschaftliche Klärung der Frage, inwieweit tatsächlich wesentliche Synergieeffekte zwischen dem Betrieb der Schieneninfrastruktur und dem Angebot der Verkehrsleistungen bestehen, ist außerordentlich schwierig.

Nach Kenntnis der Monopolkommission existiert lediglich ein wissenschaftliches Gutachten, das detailliert Synergien zwischen Eiseneinbahninfrastruktur und -transport abhängig von der Organisationsform zu identifizieren sucht.[19] Darin wird das Argument widerlegt, wonach die beiden Bereiche Infrastruktur und Transport in einem Un-

[16] BVerwG, Urteil vom 18. Mai 2010, BVerwG 3 C 21.09.

[17] Liberalisierungsindex Bahn 2011, Marktöffnung: Eisenbahnmärkte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz und Norwegens im Vergleich, Eine Studie der IBM Deutschland GmbH in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Christian Kirchner, Humboldt-Universität zu Berlin, Brüssel, 20. April 2010. Der Liberalisierungsindex Bahn wurde in der Vergangenheit von der Deutschen Bahn AG in Auftrag gegeben und finanziert; vgl. Knorr, A., Der Liberalisierungsindex Bahn 2004 – eine kritische Würdigung, in: Eisenkopf, A., Knorr, A. (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Eisenbahnpolitik, Berlin 2008, S. 230.

[18] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Abschnitt 6.3.4.

[19] Vgl. Brenck, A. u. a., SYNETRA – Synergien zwischen Bahnnetz und -transport, Studie der Fachgebiete Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik und Schienenfahrwege und Bahnbetrieb der Technischen Universität Berlin gefördert durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung, Berlin, 15. April 2004. Andere Studien, wie beispielsweise Gomez-Ibanez, J.A., Railroad Reform: An Overview of the Options, Präsentation auf der Railway Reform Conference, Madrid 2004, http://www.hks.harvard.edu/var/ezp_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/taubman/working_papers/gomezibanez_04_railway.pdf, oder Pittman, R., Make or Buy on the Russian Railways? Coase, Williamson, and Tsar Nicholas II, Economic Change and Restructuring 40(3), S. 207–221, stellen potenzielle

ternehmen integriert bleiben müssten, weil nur so die Verbundvorteile beider Bereiche maximiert werden könnten.

20. Die Studie von Brenck u. a. identifiziert und analysiert dazu fünf besonders zentrale Schnittstellen zwischen dem Bahnnetz und dem Transport, die sog. synergierelevanten Schnittstellen bzw. Aufgabenbereiche. Diese sind Investitionen und Finanzierung, operativer Betriebsablauf, Fahrplankoordination und Trassenvergabe, Forschung und Entwicklung sowie Sicherheit. Neben einer Beschreibung und Bewertung der jeweiligen Transaktion, d. h. der Bewältigung der Schnittstelle, wird für jede dieser Schnittstellen eine institutionelle Bewertung abgegeben. Diese beschränkt sich auf die Bewertung der Synergiepotenziale, beinhaltet jedoch keine globale ökonomische Bewertung unterschiedlicher Organisationsstrukturen. Das bedeutet, dass andere Ebenen wie die Wettbewerbsebene ebenso unberücksichtigt bleiben wie die regulierungstheoretische und -praktische und die politökonomische Ebene.

In der Studie konnten kritische Transaktionen, für welche eine integrierte Struktur die größten Synergien realisiert, nur in geringem Umfang identifiziert werden. Insbesondere bezüglich der drei Schnittstellen Investition und Finanzierung, Fahrplankoordination sowie operativer Betriebsablauf lassen sich nach Ansicht der Verfasser im Rahmen einer Trennung von Infrastruktur und Transport alternative Koordinationsformen finden, die der vertikalen Integration überlegen sind. Dazu gehört auch die marktliche Koordination in einem klar strukturierten Wettbewerbsmodell mit einem unabhängigen Netzbetreiber. Gerade in einem durch die Öffnung des Schienennetzes geprägten Marktumfeld ergeben sich durch eine Desintegration teilweise erhebliche Koordinationsvorteile aufseiten der Infrastrukturbetreiber. Steigende Marktanteile der Wettbewerber generieren einen immer größeren Teil der Umsätze außerhalb des integrierten Konzerns. Die Schaffung einheitlicher Rahmenbedingungen für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen kann daher Transaktionskosten nicht unerheblich verringern. Im Hinblick auf die Aufgabenbereiche Forschung und Entwicklung sowie Sicherheit kann nach Meinung der Verfasser keine eindeutige institutionelle Empfehlung ausgesprochen werden. Nach Auffassung der Gutachter gehen zentrale Einflüsse auf Forschung und Entwicklung von der Marktöffnung aus und weniger von der Form der Koordination. So sind autonome Innovationen, die allgemein als zentraler Treiber der technischen Entwicklung gesehen werden, nur in sehr geringem Umfang von Fragen der Schnittstellenkoordination betroffen. Diese Fragen wirken sich eher auf die Systeminnovationen aus. Die Verfasser sehen es dabei als problematisch an, dass mit steigender Bedeutung und steigenden Marktanteilen Dritter im gegenwärtigen Rahmen ein systematisches Anreizdefizit bei der Durchführung dieser Systeminnovationen besteht. Außerdem existiert das Problem, dass bei Standardisierungen die Interessen Dritter nicht ausreichend berücksichtigt werden. Ein Modell der vertikalen Separierung würde in einem monopolistischen Bahnmarkt zwar aufgrund von Kontrollverlusten Synergieverluste erwarten lassen. Jedoch wäre bei zunehmender Zahl von Verkehrsunternehmen in diesem Fall ein problemloserer Übergang zu branchenweiter Forschung und eine stärkere Bedeutung von Standardisierungsgremien die Folge. Auch für die Schnittstelle Sicherheit ist nach Ansicht der Autoren keine vergleichende Bewertung möglich, da vertikale Integration und Trennung jeweils Kostenvor- und -nachteile aufweisen, die sich nicht gegeneinander abwägen lassen. Im gegenwärtigen Rahmen sind beispielsweise Verursacher von Sicherheitslücken einfacher zu identifizieren. Dagegen schließen Töchter eines integrierten Konzerns selten Verträge, die vor Gericht einklagbar sind. Außerdem bestehen im integrierten Unternehmen Anreize, bei Standards auf „Insellösungen“ statt auf effizientere einheitliche Sicherheitsstandards zu setzen.

Damit sehen die Autoren der Studie für die drei durch das Gutachten als bewertbar eingestuften Schnittstellen insgesamt Vorteile für das Wettbewerbsmodell mit einer vertikalen Trennung von Infrastruktur und Transport gegenüber der Fortschreibung des Status quo. Für die beiden anderen Schnittstellen können die Autoren nicht feststellen, dass eine Organisationsstruktur der anderen überlegen ist.

21. Die Analyse der einzelnen Schnittstellen zeigt im Ergebnis, dass entgegen der üblicherweise geäußerten These durch eine alternative, vertikal desintegrierte Struktur häufig auch positive Folgen gegenüber einer Organisation innerhalb eines Unternehmens zu erwarten sind. Im Ergebnis folgern die Verfasser, dass die „in der gegenwärtigen Debatte häufig geäußerte Meinung, dass nur ein vertikal integriertes Unternehmen die Synergiepotenziale nutzen kann, [...] von der vorliegenden Studie nicht gestützt [wird].“[20] Und weiter: „Die Koordination in integrierten Unternehmen weist zahlreiche theoretisch

Synergieeffekte aus der ökonomischen Theorie sehr abstrakt dar. Die Existenz von Synergieeffekten im Allgemeinen ist sicherlich unstrittig. Die Frage ist allerdings, inwieweit sich solche Effekte unter den vorliegenden Rahmenbedingungen im Eisenbahnmarkt wiederfinden. So wird oft nicht mit einbezogen, dass auf den nachgelagerten Ebenen bereits Wettbewerb existiert. Stattdessen werden im Falle einer Separierung nur die zusätzlichen Koordinationserfordernisse herausgestellt. Da im deutschen Eisenbahnmarkt auf den Transportmärkten jedoch bereits eine Vielzahl von Unternehmen agiert, sind solche Koordinationen mit anderen als den Schwesterunternehmen der Deutschen Bahn AG auch bei der vorliegenden integrierten Struktur zusätzlich zu den internen Abstimmungen notwendig. Durch eine Separierung würden also nicht interne Abstimmungen durch neu zu implementierende Koordinationsverfahren ersetzt, sondern lediglich deren Parallelität aufgelöst. Zudem wird beispielsweise in der Studie von Gomez-Ibanez erwähnt, dass die Koordinationsprobleme auch anders als durch eine integrierte Struktur zu lösen sind. Bekannte allgemeine, aber für den bestehenden Rahmen fragliche Synergieeffekte werden insbesondere von den integrierten Bahnunternehmen als Argumente gegen die Desintegration aufgeführt. Dazu gehören neben meist sehr unspezifischen Vorteilen beispielsweise Bündelungseffekte im Einkauf und in der Finanzierung.

[20] Vgl. Brenck, A. u. a., a. a. O., S. 413. Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt Aberle, G, Intramodaler Wettbewerb im Schienenverkehr, Scope economies versus institutionelle Trennung von Netz und Betrieb, Verkehr und Mobilität in der Informationsgesellschaft, 2001. Ohne dass er eine Analyse zur Identifizierung von Verbundeffekten durchführt, sieht er in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Desintegration „zahlreiche Formen, welche die Vorteile der Desintegration ausschöpfen, ohne dass Scope economies verloren gehen“; vgl. ebenda, S. 10.

wie empirisch belegte Probleme auf, angefangen von bürokratischen Entscheidungsprozessen bis hin zu einer zu geringen Fokussierung auf die Erfordernisse der Absatzmärkte. Wenn man diese Aussage teilt, muss der aus Sicht der Transaktionskostentheorie zu hohe Grad der vertikalen Integration, der in vielen Bereichen festgestellt wurde, als Zeichen für eine unvollständige Ausschöpfung von Synergieeffekten interpretiert werden."

22. Ein möglicherweise wichtiger positiver Effekt der integrierten Struktur, der in der dargelegten Studie von Brenck u. a. nicht abschließend beurteilt werden konnte, sind Sicherheitsaspekte, die sich aus der reinen Verantwortung für das Netz ergeben. Die Deutsche Bahn AG verweist auf Synergieeffekte in Bezug auch die technische Zusammenarbeit und argumentiert mit einem unkalkulierbaren Sicherheitsrisiko, falls es zu einer Trennung von Netz und Transport kommt. Dem hält die Monopolkommission entgegen, dass beispielsweise in den Niederlanden eine Trennung existiert und die Deutsche Bahn AG dort ohne Sicherheitsbedenken aktiv ist. Eine vergleichbare Situation findet sich im Luftverkehr. Trotz der komplexen Koordination und großen Risiken bei Koordinations- und Informationsmängeln führt dort die Trennung von Verkehr und Infrastruktur nicht zu erhöhten Risiken. Als Beispiel dafür, dass die Trennung von Netz und Transport zu Sicherheitsproblemen und Effizienzverlusten führt, wird häufig auf die Liberalisierung in Großbritannien verwiesen. Einzelberichte wie der schwere Unfall in Hatfield im Oktober 2000 scheinen diesen Zusammenhang zu belegen. Meist wurde gegen diese Argumentation eingewandt, dass die Infrastruktur in Großbritannien zum Zeitpunkt der Privatisierung in einem sehr schlechten Zustand und so ein reibungsloses Leistungsangebot der privaten Transportunternehmen nicht möglich war. Eine erste empirische Studie[21] zeigt nun, dass die Privatisierung in Großbritannien, wo der Infrastrukturbetreiber NetworkRail (früher Railtrack) unabhängig operiert, dennoch zu enormen Produktivitätssteigerungen geführt hat.[22] Außerdem zeigt sich, dass die Sicherheit des Angebots mit der Effizienz korreliert ist. Die gefundenen Ergebnisse widerlegen damit die scheinbare, anekdotische Evidenz der beobachteten Unfälle. Die Privatisierung in Verbindung mit dem unabhängigen Betrieb der Infrastruktur hat bereits in den ersten Jahren zu Effizienz- und Sicherheitssteigerungen geführt. Als Beleg der These, dass die Trennung von Netz und Transport zu Sicherheitsproblemen und Effizienzverlusten führt, ist damit das Beispiel Großbritannien nicht geeignet. Insgesamt sieht die Monopolkommission daher kaum Hinweise darauf, dass eine eigentumsrechtliche Trennung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften mit Sicherheitsrisiken einhergeht.

23. Empirische Studien zur Existenz von vertikalen Verbundvorteilen im Eisenbahnsektor sind rar.[23] Die Ergebnisse existierender Untersuchungen sind bezüglich der zentralen Fragen ambivalent und zudem nicht robust. Damit sind die wenigen bisherigen empirischen Befunde nach Auffassung der Monopolkommission nicht als solide Entscheidungsgrundlage geeignet.

24. Auf Grundlage der Ergebnisse der bestehenden Analysen wesentlicher Synergieeffekte zwischen dem Betrieb der Schieneninfrastruktur und dem Angebot der Verkehrsleistungen schließt sich die Monopolkommission der Schlussfolgerung des Gutachtens von Brenck u. a. an, dass es kaum möglich erscheint, eine Rangfolge von Organisationsstrukturen nach Synergieeffekten zu erstellen, und die Bewertung der Strukturen daher primär auf anderen Kriterien wie der Etablierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs basieren sollte.

1.2.3 Strukturabhängigkeit von Investitionsanreizen und Investitionssteuerung

25. Aufgrund der vertikal integrierten Struktur der Deutschen Bahn AG bestehen aus Konzernsicht gewisse verstärkte Anreize zur Investition in die Eisenbahninfrastruktur dadurch, dass die dadurch implizierten Qualitätssteigerungen oder Kostensenkungen an die eigenen Transportunternehmen weitergegeben werden können, die dadurch ihre Position im intermodalen Wettbewerb verbessern können.[24] Dieser Anreiz zur Investition durch die Internalisierung der Effekte einer Effizienzsteigerung ginge durch eine Trennung des Netzes von der Transportsparte verloren. Nach Auffassung der Monopolkommission ist der durch die Internatlisierung entstehende

21 Affuso, L./Angeriz, A./Pollitt, M., The Impact of Privatisation on the Efficiency of Train Operation in Britain, CGR Working Paper 28, 2009.

22 Bereits vor einigen Jahren zeigten Pollitt und Smith in einer Kosten-Nutzen-Analyse, dass die Privatisierung in Großbritannien große Wohlfahrtsgewinne erzeugt hat; vgl. Pollitt, M./Smith, A., The Restructuring and Privatisation of British Rail: Was it Really That Bad?, Fiscal Studies 23(4), S. 463–502.

23 Drei prominente, aktuelle Studien sind: Growitsch, C./Wetzel, H., Testing for Economies of Scope in European Railways: An Efficiency Analysis, Journal of Transport Economics and Policy 43(1), 2009, S. 1–24; Merkert, R./Smith,A.S.J./Nash, C.A., Benchmarking of Train Operating Firms – A Transaction Cost Efficiency Analysis, Journal of Transportation Planning and Technology 33(1), 2010, S. 35–53; Friebel, G./Ivaldi, M./Vibes, C., Railway (De)Regulation: A European Efficiency Comparison, Economica 77, 2010, S. 77–91. Growitsch/Wetzel basieren ihre Untersuchung auf einem Paneldatensatz, welcher 27 europäische Länder von 2000 bis 2004 berücksichtigt. Sie führen eine nichtparametrische DEA („data envelopment analysis") durch, um relative Effizienzaussagen treffen zu können. Die Ergebnisse zeigen vertikale Verbundvorteile für zehn Länder – auch für Deutschland –, während für den Rest keine Verbundvorteile bzw. keine klare Evidenz vorliegen. Merkert/Smith/Nash untersuchen nur die Staaten Deutschland, Schweden und Großbritannien von 2006 bis 2007. Sie führen dazu im ersten Schritt ebenfalls eine DEA und im zweiten Schritt eine Tobit-Regression durch, um Effizienzunterschiede näher zu beleuchten. Sie finden keine statistisch signifikanten Hinweise auf vertikale Verbundvorteile, identifizieren aber für Deutschland fallende Skalenerträge. Friebel/Ivaldi/Vibes finden im Rahmen einer Regressionsanalyse auf Grundlage eines Paneldatensatzes für zwölf verschiedene europäische Länder von 1980 bis 2003 keine Evidenz für vertikale Verbundvorteile. Durch die Herausnahme von Großbritannien aus der Analyse (bedingt durch schlechte bzw. mangelnde Daten) finden sie sogar positive Effekte einer Separierung. Im politischen Diskurs wird je nach Intention häufig nur auf eine dieser drei Studien (meist in Verbindung mit einer passenden früheren Untersuchung) verwiesen.

24 Qualitätssteigerungen und Kostensenkungen werden in diesem Zusammenhang einer Ceteris-paribus-Betrachtung unter dem Begriff Effizienzsteigerungen zusammengefasst. Andere Investitionen, wie die in Kapazitäten im Rahmen des Infrastrukturaus- und -neubaus, die nicht als Qualitätssteigerungen gesehen werden können, werden stark durch Instrumente wie die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung und die Bundesverkehrswegeplanung beeinflusst und so nicht privat finanziert. Solche Investitionen sind daher in dieser Analyse weniger relevant.

Investitionsanreiz im vorliegenden Rahmen sehr wahrscheinlich existent; jedoch kann nur schwer eingeschätzt werden, ob dadurch tatsächlich ein signifikanter Einfluss auf die gesamte Wohlfahrt des Eisenbahnmarktes besteht.[25] Grundsätzlich würde dieser Effekt allerdings durch die von der Monopolkommission geforderte Einführung einer Anreizregulierung, von der nachhaltige Wirkungen zur Effizienzsteigerung ausgehen würden, stark an Bedeutung verlieren. Außerdem ist anzumerken, dass die integrierte Struktur der Deutschen Bahn AG es ermöglicht, Investitionen nach eigenem Ermessen zu steuern. Daher orientieren sich diese Investitionen nicht an der Wirkung auf die Effizienz des gesamten Eisenbahnsystems, sondern an den Zielen des integrierten Konzerns und speziell der Verkehrsunternehmen des Konzerns. So bestehen gesamtwirtschaftlich schädliche Anreizverzerrungen dadurch, dass der Konzern insbesondere Interesse hat, dort zu investieren, wo dies den eigenen Verkehrsgesellschaften besonders zugutekommt. Dies betrifft beispielsweise den Ausbau von Strecken für höhere Geschwindigkeiten, die Elektrifizierung oder die Sanierung von Bahnhöfen und Trassen.

26. Vonseiten der integrierten Bahnunternehmen wird das britische Modell als Beispiel dafür angeführt, dass die Desintegration neben den bereits geschilderten (und empirisch nicht gefundenen) Sicherheitsrisiken zu erheblichen Kostensteigerungen geführt hat, die auf mangelnde Anreize zur Effizienzsteigerung zurückzuführen seien. Wie bereits dargestellt, haben wissenschaftliche Studien gezeigt, dass die Privatisierung in Großbritannien zu erheblichen Wohlfahrtsgewinnen und Produktivitätssteigerungen geführt hat. Trotz einiger Probleme ist die Privatisierung in Großbritannien damit ein Erfolg. Allerdings zeigen bisher bekannte Ergebnisse der „Rail Value for Money Study", welche die gesamte Kostenstruktur des britischen Eisenbahnsektors untersucht und Möglichkeiten zur Verbesserung der Effizienz zu identifizieren sucht, in der Tat, dass es hauptsächlich zu Steigerungen der Gesamtkosten des Eisenbahnbetriebs (und damit verbunden der staatlichen Unterstützung) in Großbritannien gekommen ist. Dabei haben sich die Stückkosten trotz steigender Passagier- und Zugkilometerzahlen (bei steigender Leistung und Sicherheit) und damit erwarteten Skaleneffekten kaum verändert. Die Studie liefert eine Vielzahl komplexer Gründe für die relativ hohen Stückkosten und ebenso ein vielfältiges Maßnahmenpaket zur Verbesserung der Situation. Dabei spielt auch die Art und Weise, wie die Trennung und die Implementierung von Railtrack (mittlerweile zu NetworkRail reformiert) durchgeführt worden ist, eine Rolle, jedoch kaum die Tatsache der Separierung per se. Auch ist zu erwähnen, dass mit der Privatisierung sehr hohe Investitionen in Qualitätssteigerungen ausgelöst worden sind.[26]

1.2.4 Auswirkungen der vertikal integrierten Struktur auf die Zugangsentgelte zur Infrastruktur

27. Die Auswirkungen einer vertikalen Separierung auf die Entgelte für die Nutzung der Infrastruktur sind ebenfalls Teil der Debatte um die eigentumsrechtliche Tren-

[25] Die entscheidenden Anreizwirkungen zu Qualitätssteigerungen werden von Buehler, S./Schmutzler, A./Benz, M.-A., Infrastructure Quality in Deregulated Industries: Is There an Underinvestment Problem?, International Journal of Industrial Organization 22(2), 2004, S. 253–267, dargestellt und analysiert. Die Verfasser zeigen, dass ein unabhängiger Netzbetreiber zwar einerseits die positiven Effekte einer Effizienzsteigerung auf den nachgelagerten Märkten ignoriert und daraus negative Anreizeffekte mit einer Separierung einhergehen, aber Nachfrageeffekte dem entgegenwirken können. Darüber hinaus kann Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu steigenden Investitionsanreizen führen. Insgesamt wird die Intuition, dass Separierung eher zu negativen Investitionsanreizen führt, gestützt, jedoch können auch Gegenbeispiele gefunden werden. Die Arbeit zeigt außerdem, dass Unterschiede in den Investitionsanreizen zwischen Integration und Separierung vollständig verschwinden, wenn die Zugangsentgelte von der Qualität der Infrastruktur abhängen können. Dies ist in den bestehenden Entgeltregelungen bereits in Ansätzen der Fall und könnte beispielsweise durch ein wirksames Anreizsystem zu Verhinderung von Störungen verstärkt werden; vgl. Abschnitt 2.2.2.5. Ein aktuelles theoretisches Arbeitspapier findet abhängig von der vertikalen Organisationsstruktur vergleichsweise große Unterschiede in den Investitionsanreizen; vgl. Pakula, B./Götz, G., Biased Quality Investments and Organisational Structures in Network Industries - An Application to the Railway Industry, MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics, No. 09-2011. Eine verbale Darstellung des Papiers liefern Pakula, B./Götz, G., Die Auswirkungen unterschiedlicher Organisationsstrukturen auf die Investitionsanreize in Netzwerkindustrien, InfrastrukturRecht 7(11), 2010, S. 273–276. November 2010. Jedoch sieht die Monopolkommission die dem theoretischen Modell zugrunde liegenden Annahmen für den Eisenbahnmarkt nicht als realistisch an. Im präsentierten Modellrahmen wird angenommen, dass nur das Eisenbahnverkehrsunternehmen des integrierten Konzerns von einer Qualitätsverbesserung profitiert. Auch im Falle der Separierung kann eine vom Infrastrukturbetreiber durchgeführte Qualitätssteigerung nur einem Unternehmen zugutekommen. Eine symmetrische Qualitätssteigerung ist nicht möglich. Die Zugangsentgelte werden jedoch als immer für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen identisch angenommen. Diese mit der Realität nicht zu vereinbarenden Annahmen führen dazu, dass der beschriebene Effekt der Internalisierung der positiven Effekte über die Maßen verstärkt wird. Außerdem wird durch eine Investition in die Infrastruktur der Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten geschwächt, da mit der Qualitätssteigerung eine vertikale Differenzierung einhergeht. Eine Schwächung des Wettbewerbs führt ceteris paribus zu verminderter Nachfrage, was für den einzigen unabhängigen Erbringer der Vorleistung negative Auswirkungen hat. Da der Infrastrukturbetreiber diesen unerwünschten Effekt nach den Annahmen des Modells nicht durch eine gleichmäßige Investition in verschiedene Projekte zur Qualitätsverbesserung verhindern kann, sind Investitionsanreize in diesem Rahmen für einen unabhängigen Netzbetreiber erwartungsgemäß sehr gering. Nach Auffassung der Monopolkommission sind die getroffenen Annahmen jedoch kaum realistisch, da in der Praxis von einer Qualitätssteigerung einer Vorleistung entweder alle in einem Teilmarkt konkurrierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen profitieren oder ein unabhängiger Infrastrukturbetreiber die Möglichkeit hat, den Marktteilnehmern durch die Realisierung mehrerer Projekte symmetrisch verbesserte Vorleistungen anzubieten.

[26] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Schweizer Modell, welches von integrierten Bahnbetreibern vielfach als erfolgreiches Modell einer integrierten Struktur angesehen wird, bei gleichzeitigem Verweis auf die hohen Kosten des Eisenbahnbetriebs in Großbritannien gerade nicht als Referenz geeignet ist. In der Schweiz wird die Sicherung eines leistungsfähigen und effizienten Bahnsystems als eher untergeordnetes Ziel angesehen, sodass die Kosten des Eisenbahnsystems nicht nur aufgrund der geografischen Gegebenheiten sehr hoch sind. Im Rahmen der Marktöffnung werden dort im Gegensatz zu Deutschland mit hoher Priorität Verteilungsziele, d. h. die Verlagerung des Verkehrs von der Straße auf die Schiene und die Beibehaltung einer Grundversorgung mit Bahnleistungen in den Regionen, verfolgt. Das Bahnstrukturmodell hat als Regulierungsinstrument eine untergeordnete Bedeutung. Vor diesem Hintergrund ist der Verweis auf die Schweiz als Beispiel eines leistungsfähigen integrierten Systems ohne Berücksichtigung der Kosten und der gleichzeitige Hinweis auf die Kosten des separierten Eisenbahnmarktes in Großbritannien ohne Berücksichtigung der Rahmenbedingungen einer objektiven Diskussion nicht zuträglich.

nung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften. Eine in der ökonomischen Literatur im Zusammenhang mit vertikalen Strukturen bekannte und vielfach analysierte Eigenschaft ist der doppelte Preisaufschlag.[27] Vereinfacht ausgedrückt würden unter der Voraussetzung, dass Infrastruktur und Transportsparte der Deutschen Bahn AG separiert wären, sowohl der unabhängige Infrastrukturbetreiber als auch die Eisenbahnverkehrsunternehmen gewinnoptimale Entgelte festsetzen, die jeweils über den Inkrementalkosten liegen und im Durchschnitt wenigstens die Gesamtkosten decken. Dabei fließt das gewinnoptimale Infrastrukturzugangsentgelt als Kostenfaktor in die Bildung des Preises auf der nachgelagerten Ebene der Verkehrsmärkte entscheidend ein. In einer vertikal integrierten Struktur findet dagegen nur eine an der gesamten Nachfrage und den Opportunitätskosten orientierte Preisbildung statt. Die Infrastrukturzugangsentgelte haben dann den Charakter von Transferpreisen innerhalb des integrierten Konzerns und sind nur teilweise echte Opportunitätskosten. Dadurch ergibt sich bei Vorliegen unvollständigen Wettbewerbs im Allgemeinen unter vertikal integrierter Struktur ein niedrigerer Endkundenpreis als bei vertikaler Trennung. Jedoch liegt im Bahnmarkt ein reguliertes natürliches Monopol auf der vorgelagerten Stufe vor. Aufgrund der bestehenden Regulierung der Zugangsentgelte und des teilweise existierenden Wettbewerbs auf der Transportebene sieht die Monopolkommission im Falle einer Separierung wenig Spielraum für eine Erhöhung der Zugangsentgelte durch den Effekt des doppelten Preisaufschlags.

28. Der doppelte Preisaufschlag kann durch vielfältige Charakteristika von Märkten abgeschwächt oder vermindert werden. Für den Eisenbahnmarkt mit seinen vielen verschiedenen Angeboten, unterschiedlicher Wettbewerbsintensität auf Märkten der Verkehrsleistungen und einer Entgeltregulierung ergeben sich daher für den Fall einer Separierung sehr unterschiedliche Effekte auf die Entgeltfestsetzung durch den Infrastrukturbetreiber.[28] So wird durch die Preisregulierung der Infrastrukturebene die dortige Preisbildung kontrolliert und damit der Preisaufschlag reduziert.[29] Empirische Befunde zur Rentabilität der Infrastrukturgesellschaften zeigen, dass die Rentabilitätsobergrenze von diesen in der Vergangenheit nicht immer ausgeschöpft wurde. Die Renditen der Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG in den vergangenen Jahren[30] im Vergleich mit den derzeit diskutierten regulatorischen Renditebeschränkungen[31] zeigen jedoch, dass in diesem Rahmen wenig Spielraum für generelle Preiserhöhungen vorhanden ist. Allerdings ist anzumerken, dass auch, wenn bereits im Falle der integrierten Struktur die Renditegrenze ausgeschöpft wird, Entgelte durch eine Separierung prinzipiell steigen können. Da die externen Effekte der Preissetzung auf der Infrastrukturebene nicht internalisiert werden, können die neuen Infrastrukturentgelte so erhöht werden, dass die dadurch sinkende Nachfrage das Einhalten der regulierten Renditebeschränkung erlaubt. Nach Meinung der Monopolkommission sind derartige Entgeltsteigerungen allerdings nur in vernachlässigbar geringem Umfang zu erwarten.[32] Allgemein gilt, je intensiver der Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten ist, desto weniger relevant ist der Effekt des doppelten Preisaufschlags.[33]

29. Dort, wo es der Deutschen Bahn AG möglich ist, in den Infrastrukturentgelten zwischen Konzerngesellschaften und deren Wettbewerbern zu differenzieren, hat der Konzern deutliche Anreize, für Wettbewerber überhöhte Entgelte zu verlangen.[34] Dadurch kann das integrierte Unternehmen Kosten, die in Bereichen anfallen, in denen die eigenen Verkehrsgesellschaften stärker vertreten sind, an anderen Stellen einpreisen und so überproportional an die Wettbewerber weitergeben. Die eigenen Eisenbahnverkehrsgesellschaften werden damit entlastet. Insgesamt kann so die bestehende Renditegrenze eingehalten werden. Diese Diskriminierungsanreize gehen bei einer vertikalen Separierung verloren, sodass derartig überhöhte Entgelte mit der Trennung sinken würden.[35]

30. Nach Auffassung der Monopolkommission lassen sich im Ergebnis keine überzeugenden Argumente dafür

[27] Vgl. beispielsweise Rey, P./Tirole, J., The Logic of Vertical Restraints, The American Economic Review 76(5), 1986, S. 921–939. Einen Überblick zu vertikalen Beziehungen liefern Rey, P./Tirole, J., A Primer on Foreclosure, in: Armstrong, M./Porter, R. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 3, Amsterdam u. a. 2007, Kapitel 33, S. 2145–2220. Im Falle der Bahn ist von der verbreiteten Argumentation zum Thema des Marktverschlusses (Foreclosure) zu abstrahieren, da eine offene Preisdiskriminierung aufgrund des Diskriminierungsverbots und der Überwachung durch die Bundesnetzagentur unrealistisch ist.

[28] Im Rahmen der Regulierung gibt das Allgemeine Eisenbahngesetz lediglich eine allgemeine Renditegrenze vor; vgl. Abschnitt 2.1. Damit verbleiben den Infrastrukturanbietern Spielräume zur Festlegung der verschiedenen Zugangsentgelte.

[29] Als eine Möglichkeit der theoretischen Literatur zur Verhinderung des doppelten Preisaufschlags existiert die Preisbindung (Resale price maintenance, RPM). Der Endkundenpreis kann dabei entweder vom Hersteller, von Vereinigungen aller Anbieter oder durch den Staat festgelegt werden. Die vorliegende Preisregulierung, die Zugangsentgelte auf der vorgelagerten Transportebene auf die Kosten beschränkt, führt in gewisser Weise zu einem vergleichbaren Marktergebnis. Auch durch die Regulierung wird eine Ebene der Preisbildung und damit des Preisaufschlags stark eingeschränkt.

[30] Vgl. Tz. 47.

[31] Vgl. Abschnitt 2.1.2.4.

[32] Eine Entgelterhöhung als Folge der Separierung ist zu erwarten, wenn die Infrastrukturgesellschaften innerhalb des Konzerns durch andere Konzerngesellschaften im Rahmen einer Querfinanzierung derzeit unterstützt würden. Diese Querfinanzierung ist allerdings aufgrund der derzeit erwirtschafteten Renditen (vgl. Abbildung 2.1) und der Planungen der Deutschen Bahn AG, den erzielten Gewinn der Infrastrukturbetreiber nachhaltig deutlich steigern zu wollen und zur wichtigsten Ertragssäule des DB-Konzerns zu machen (vgl. Tz. 47), weder im Moment noch in Zukunft zu erwarten. Auch würde eine solche konzerninterne Quersubventionierung mittelfristig wahrscheinlich Finanzierungsleistungen des Staates für die Infrastruktur verdrängen. Dies wäre aus der Perspektive der Deutschen Bahn AG kaum wünschenswert.

[33] Vgl. Hart, O./Tirole, J., Vertical Integration and Market Foreclosure, Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics, 1990, S. 205–286.

[34] Eine Differenzierung ist beispielsweise über Mengenrabatte (vgl. Abschnitt 2.1.3), Komponenten der komplexen Infrastrukturpreissysteme (vgl. Abschnitt 2.1.1.4) oder für Leistungen möglich, die nur oder hauptsächlich Wettbewerber nutzen.

[35] Um die Renditebeschränkung einzuhalten, existieren im Falle der Diskriminierung durch überhöhte Preise neben diesen in anderen Bereichen künstlich niedrig gehaltene Entgelte. Bei einer Separierung würden diese Entgelte, die fast ausschließlich die eigenen Konzerngesellschaften zu entrichten haben, entsprechend steigen.

finden, dass durch ein vertikale Separierung Preissetzungsanreize so verzerrt würden, dass es zu einer spürbaren Erhöhung der Zugangspreise käme. Zumindest eine spürbare Belastung des bisherigen Wettbewerbs auf der Schiene durch höhere Zugangspreise wäre dahingehend auszuschließen. Im Gegenteil ist die Monopolkommission der Meinung, dass aufgrund der verminderten Anreize zur Diskriminierung von Eisenbahnverkehrsgesellschaften, die nicht dem DB-Konzern angehören, von einer Trennung profitieren und der Wettbewerb insgesamt gestärkt würde.

1.2.5 Fazit: Vertikale Trennung durch Privatisierung der Transportgesellschaften

31. Die Monopolkommission ist weiterhin der Auffassung, dass ein effizienter Eisenbahnmarkt nur dann zu erreichen ist, wenn Infrastruktur und Verkehrsleistung eigentumsrechtlich getrennt voneinander bewirtschaftet werden.

32. Aus diesem Grund hat die Monopolkommission das geplante Modell der Teilprivatisierung der DB Mobility Logistics AG als einen ersten Schritt begrüßt, da es der Deutschen Bahn AG nicht mehr möglich wäre, Kosten- bzw. Einnahmepositionen beliebig innerhalb des Konzerns zu verlagern.[36] Dabei ist festzuhalten, dass die Form der Privatisierung entscheidend ist und eine klare Trennung von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen bewirken muss. Zu diesem Zweck sollte die Transport- und Logistiksparte in privatwirtschaftliche Kontrolle überführt werden. Bereits eine Teilprivatisierung der Transportsparte der Deutschen Bahn AG verändert die Situation, da in diesem Falle die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG individuell unter Rentabilitätsdruck stehen, der von privaten Kapitalgebern ausgeht. Bereits seit 1994 ist die Deutsche Bahn AG gesellschaftsrechtlich privatisiert. Die Anteile der Aktiengesellschaft liegen vollständig beim Bund. Die eigentumsrechtliche Privatisierung der Mobility- und Logistics-Gesellschaften der Deutschen Bahn AG würde eine vertikale Separierung der derzeit im Konzernverbund Deutsche Bahn AG vertikal integrierten Infrastruktur- und Verkehrsunternehmen bedeuten. Im Oktober 2008 gab die Bundesregierung bekannt, dass die bevorstehende Teilprivatisierung der Deutschen Bahn AG aufgrund des schwierigen Marktumfeldes als Folge der eintretenden Finanz- und Wirtschaftskrise auf unbestimmte Zeit verschoben werden müsse. In ihrem Koalitionsvertrag vereinbarte die Bundesregierung, 2009 eine schrittweise, ertragsoptimierte Privatisierung der Transport- und Logistiksparte einzuleiten, sobald der Kapitalmarkt dies zulässt.[37] Die Monopolkommission begrüßt diese Pläne und mahnt an, die Kapitalmarktbedingungen schnellstmöglich zu prüfen. Mit dem Modell einer Teilprivatisierung von 24,9 Prozent der DB Mobility Logistics AG würde ein erster Schritt in Richtung der notwendigen Trennung von öffentlichen und privatwirtschaftlichen Interessen gegangen. Dennoch bleibt wettbewerbspolitisch eine vollständige Separation der Infrastruktur von den Verkehrsgesellschaften wünschenswert. Ohne diese bestehen weiterhin Diskriminierungsanreize durch die Infrastrukturbetreiber.

Zur kurzfristigen Verringerung der bestehenden Ineffizienzen fordert die Monopolkommission eine sofortige Auflösung der Finanzierungsverflechtungen staatsnaher und staatsferner Teile der Deutschen Bahn AG. Die bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge[38], wonach in der Konzernholding entschieden werden kann, wie viel des Gewinns der Infrastrukturgesellschaften an die Holding abgeführt werden muss, sieht die Monopolkommission als unvereinbar mit dem Ziel eines liberalisierten Eisenbahnmarktes an.

1.3 Auswirkungen der Verzögerungen der Liberalisierung ausländischer Märkte auf Handlungsempfehlungen für nationale Entscheidungsträger

33. Seit der Verabschiedung der Richtlinie 91/440/EWG[39], die den ersten Schritt zu einer einheitlichen europäischen Eisenbahnpolitik darstellt, haben sich die Eisenbahnmärkte in den EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich entwickelt. Disparitäten bezüglich der Liberalisierung und der Regulierungspraxis haben zu Unterschieden in der Öffnung der Zugänge zur Eisenbahninfrastruktur und zu ungleichen Wettbewerbsentwicklungen geführt. Die europäischen Vorgaben wurden teilweise kaum erfüllt und an anderer Stelle wurden Maßnahmen über diese Vorgaben hinaus beschlossen. Die durch den Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets, die Klage der Europäische Kommission gegen 13 Mitgliedstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof[40] und die spätestens 2012 geplanten Maßnahmen zur Marktöffnung der nationalen Schienenpersonenverkehre angestrebte europaweite Harmonisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen stellen nach Ansicht der Monopolkommission vor diesem Hintergrund eine notwendige Voraussetzung für das langfristige Ziel eines einheitlichen europäischen Eisenbahnmarktes dar.[41]

[36] Vgl. Monopolkommission, Weniger Staat, mehr Wettbewerb, Hauptgutachten 2006/2007, Baden-Baden, 2008, Tz. 1 ff.

[37] Vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, a. a. O., S. 37.

[38] Zwischen der Deutschen Bahn AG als Konzernobergesellschaft und den Tochterunternehmen bestehen jeweils Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge. So kann die Deutsche Bahn AG darüber entscheiden, in welcher Höhe Gewinne bei den Töchtern anfallen und wie diese verwendet werden. Außerdem können beispielsweise Verluste der DB Mobility Logistics AG oder der DB Netz AG durch die Deutsche Bahn AG ausgeglichen werden. Wegen dieser Ausgleichspflicht kann auch der Insolvenzfall bei der DB Mobility Logistics AG nicht eintreten, solange die Deutsche Bahn AG selbst solvent ist.

[39] Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 237 vom 24. August 1991, S. 25.

[40] Die Europäische Kommission hat am 24. Juni 2010 entschieden, Deutschland und zwölf weitere Mitgliedstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof zu verklagen, da Elemente des ersten Eisenbahnpakets zur Marktöffnung im Schienenverkehr nicht richtig umgesetzt worden seien; vgl. EU-Kommission, IP/10/807.

[41] Vgl. Abschnitt 2.1.2.2.

34. Auch wenn die Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Wettbewerbsentwicklung in Deutschland nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin nicht gegeben sind, ist die Marktöffnung in einigen anderen EU-Mitgliedstaaten zweifelsfrei noch weniger fortgeschritten.[42] Vor diesem Hintergrund sieht die Deutsche Bahn AG massive Wettbewerbsverzerrungen, die den nationalen Eisenbahnen schaden. Auch die Monopolkommission fordert eine schnellstmögliche europaweite Marktöffnung aller Schienenverkehre, sieht jedoch in der bestehenden Situation keinen hinreichenden Grund für einen Wettbewerbsschutz der Deutschen Bahn AG, der letztlich den Verbrauchern schadet.

35. Vonseiten der Deutschen Bahn AG wurde gegenüber der Monopolkommission argumentiert, dass sich aus der asymmetrischen Öffnung der europäischen Eisenbahnmärkte erhebliche wirtschaftliche Nachteile für im internationalen Wettbewerb agierende deutsche Bahnunternehmen ergäben. Die Deutsche Bahn AG bemängelt, dass sich Eisenbahnverkehrsunternehmen, die selbst von abgeschotteten Heimatmärkten profitieren und dort Monopolrenditen erwirtschaften, am Wettbewerb in Deutschland beteiligen können. Das Unternehmen sieht dadurch massive Wettbewerbsverzerrungen und negative Auswirkungen für den deutschen Schienenpersonenverkehr. Für nationale Eisenbahnverkehrsunternehmen könnten dann Wettbewerbsnachteile bestehen, wenn die in nicht geöffneten ausländischen Märkten erwirtschafteten Monopolrenten genutzt werden, um in den deutschen Markt einzutreten und hier Verdrängungswettbewerb durch Kampfpreise zu gestalten.

Diese Argumentation sieht die Monopolkommission jedoch als wenig überzeugend an, da die ausländischen Unternehmen unabhängig von in anderen Märkten erwirtschafteten Profiten keinen Anreiz haben, in Deutschland verlustbringend zu arbeiten.[43] Dies wäre nur dann sinnvoll, wenn tatsächlich auf eine langfristige Verdrängung der Deutschen Bahn AG und ihrer Wettbewerber abgezielt werden würde. Dies ist jedoch nicht anzunehmen. Insbesondere da der Markt offen für Wettbewerber ist, d. h. bei ansteigenden Preisen international agierende Unternehmen vergleichsweise einfach wieder in den deutschen Markt eintreten können, erscheint ein Verdrängungswettbewerb wenig erfolgversprechend. Auch argumentiert die Deutsche Bahn AG für ihre eigenen Pläne gerade umgekehrt: Nach eigenen Angaben möchte der Konzern verstärkt im Ausland neue Märkte erschließen, auch um mögliche Einbußen im Inland zu kompensieren.

Unabhängig davon, ob tatsächlich wettbewerbspolitisch problematische Verzerrungen für den deutschen Eisenbahnmarkt aus Disparitäten in der Liberalisierung europäischer Märkte resultieren, ist das Agieren ausländischer Unternehmen auf dem deutschen Markt in jedem Fall für die deutsche Volkswirtschaft mit Wohlfahrtssteigerungen verbunden. Der Wettbewerb, auch durch ausländische Konzernunternehmen, schafft zusätzliche Arbeitsplätze und Wohlfahrtsgewinne durch Preissenkungen. Davon profitiert die einheimische Volkswirtschaft. Dies wäre umso mehr der Fall, wenn ausländische Unternehmen tatsächlich Gewinne ihrer Heimatmärkte in Deutschland investieren würden, um hier ihre Leistungen zu niedrigen Preisen anbieten zu können.[44] Darüber hinaus führt verstärkter Wettbewerb gerade zu starken Anreizen zur Effizienzsteigerung. Diese Effizienzsteigerungen führen im globalen Wettbewerb in anderen als dem deutschen Markt wiederum zu komparativen Vorteilen der deutschen Unternehmen gegenüber ausländischen „Champions", die sich in ihrem Heimatmarkt keinem Wettbewerb ausgesetzt sehen. So ist auch aus nationaler Sicht die Förderung des inländischen Wettbewerbs wünschenswert.

36. Die vorliegende Situation der ungleichmäßigen Marktöffnungen in Europa sollte nach Meinung der Monopolkommission damit keinerlei Auswirkungen auf die nationalen Handlungen zur Weiterführung der Marktöffnung haben.

37. Dessen ungeachtet spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Disparitäten in den Marktöffnungen innerhalb Europas schnellstmöglich zu verringern. Dies sollte jedoch ausschließlich durch die beschleunigte Liberalisierung aller europäischer Eisenbahnmärkte geschehen und nicht durch ein Ausbremsen der Öffnung der deutschen Märkte unterstützt werden. Im Gegenteil profitieren die Volkswirtschaft im Ganzen und insbesondere die Verbraucher auch unter den bestehenden Rahmenbedingungen von der weiteren Liberalisierung des deutschen Bahnmarktes.

2 Der Zugang zu Schieneninfrastruktur und Serviceeinrichtungen

38. Ein zentrales Ziel des Staates ist es, die Wettbewerbsfähigkeit des Eisenbahnsektors und den Schienenverkehr zu stärken. Grundsätzliche Restriktionen des

[42] Beispielsweise gibt der Liberalisierungsindex Bahn 2011, a. a. O., unter den in Tz. 17 dargestellten Vorbehalten einen Hinweis darauf, dass innerhalb Europas erhebliche Unterschiede in der Öffnung der jeweiligen Märkte vorliegen.

[43] Wettbewerbsnachteile für deutsche Eisenbahnverkehrsunternehmen könnten in gewissem Ausmaß theoretisch auch dadurch entstehen, dass ausländische Unternehmen mit gesicherten Gewinnen im eigenen Land bei Projekten in Deutschland weniger risikoavers agieren als solche, für die diese sehr wichtig sind. Anzumerken ist, dass eine vergleichbare Darstellung bisher in öffentlichen Diskussionen nicht vorgebracht wurde. Obwohl die Deutsche Bahn AG, die weiterhin über einen Marktanteil von ca. 80 Prozent verfügt und durch langfristige Verträge sehr großen, mittelfristig sicheren Umsatz erwirtschaftet, von einer solchen Gegebenheit kaum negativ betroffen wäre, könnten auf diese Art Wettbewerbsnachteile für andere Eisenbahnverkehrsunternehmen bestehen. Diesen Wettbewerbsnachteilen liegen allgemeine Skalenvorteile großer Eisenbahnverkehrsunternehmen zugrunde, die durch das Erwirtschaften von Monopolrenditen zwar deutlich verstärkt, aber nicht ausgelöst werden.

[44] Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions", Hauptgutachten 2002/2003, Baden-Baden, 2004, Tz. 1 ff. Auch wäre eine Situation, in der ausländische Unternehmen aufgrund ihrer gesicherten Gewinne in den Heimatmärkten in Deutschland weniger risikoavers agieren, für die deutsche Volkswirtschaft vorteilhaft, da deutsche Geschäftsrisiken im Ausland getragen würden.

Wettbewerbs auf allen Eisenbahnverkehrsmärkten gehen von der monopolistischen Infrastrukturebene des Eisenbahnverkehrs aus. Um ein effizientes Verkehrsangebot zu ermöglichen und dadurch den Verkehr auf der Schiene zu stärken, dürfen die nachgelagerten Märkte nicht von der Marktmacht des Infrastrukturbetreibers beeinflusst werden. Ein wettbewerbliches Regulierungskonzept sieht dazu eine Regulierung der Schieneninfrastruktur, Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen vor. Die Kontrolle der Entgelte und die Überwachung und Gestaltung der Zugangsregeln sind die wesentlichen Bausteine jeder Regulierung.

39. Die vom Staat finanzierte Eisenbahninfrastruktur soll möglichst intensiv genutzt werden. Dazu ist neben marktkonformen Zugangsbedingungen erforderlich, dass die Entgelte zur Nutzung der Infrastruktur nicht zu hoch sind, sich aber dennoch aus den Entgelteinnahmen Möglichkeiten zur Finanzierung der Infrastruktur ergeben. Daher müssen die vorhandenen Mittel möglichst effizient verwendet werden. Die Infrastrukturunternehmen des Bundes werden gemäß Artikel 87e Absatz 3 Satz 1 GG als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt und sollen dementsprechend unternehmerisch handeln. Gleichzeitig bilden diese Infrastrukturen natürliche Monopole[45] und die Unternehmen haben daher Anreize, Preise zum Nachteil der Infrastrukturnutzung zu erhöhen. Auch könnten die Unternehmen ihre Monopolstellungen nutzen, um Effizienzanstrengungen zu vermeiden. Diese Tendenzen zu monopolistischen Preiserhöhungen oder Effizienzeinbußen stehen im klaren Gegensatz zu den Zielen des Staates. Vor diesem Hintergrund ist eine Entgeltregulierung unerlässlich. Diese muss sich an für funktionierende Wettbewerbsmärkte geltenden Maßstäben orientieren.

40. Die wichtigsten Betreiber von Eisenbahninfrastruktur sind die Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG, denen der ganz überwiegende Teil des Schienennetzes und der schienenverkehrsbezogenen Serviceeinrichtungen zugeordnet ist. Neben der regulierungsbedürftigen Monopolsituation der Eisenbahninfrastruktur steht deren dominierender Betreiber damit gleichzeitig auf den nachgelagerten Transportmärkten im Wettbewerb. Daher hat das vertikal integrierte Unternehmen ein Interesse daran, die Marktrenten zugunsten der eigenen Verkehrsgesellschaften zu beeinflussen. Dazu kann der Netzbetreiber die Entgelte und Möglichkeiten der Infrastrukturnutzung so gestalten, dass die Wettbewerber höhere Entgelte zu entrichten oder schlechtere Nutzungsmöglichkeiten haben als die eigenen Transportunternehmen. Es zeigt sich in diesem Kapitel, dass die vertikale Integration des dominierenden Akteurs Deutsche Bahn AG im Eisenbahnmarkt die Anforderungen an die Regulierung erheblich beeinflusst. Teilweise werden dabei die Grenzen der Regulierung offenbar. Die Monopolkommission vertritt daher weiterhin die Auffassung, dass ein effizienter Eisenbahnmarkt nur dann zu erreichen ist, wenn Infrastruktur und Verkehrsleistung eigentumsrechtlich getrennt voneinander bewirtschaftet werden.[46] Solange diese Trennung nicht erfolgt ist, bedarf es einer integrierten Betrachtung potenzieller Missbrauchstatbestände. Vor diesem Hintergrund wird im vorliegenden Kapitel überprüft, inwieweit die bestehende Regulierung sowohl der Entgelte als auch der Zugangsbedingungen geeignet ist, Wettbewerbshindernissen entgegenzuwirken.[47] Im Zuge dessen werden aktuell vorgeschlagene Veränderungen des Regulierungsrahmens und Alternativen dargestellt und diskutiert.

2.1 Entgeltregulierung

41. Der Wettbewerb auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten muss von der Marktmacht der Infrastrukturebene unbeeinflusst bleiben, damit ein effizientes Verkehrsangebot möglich ist. Betreiber von Infrastruktureinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Serviceeinrichtungen unterliegen in Deutschland daher einer Regulierung der Entgelte. Die Entgeltregulierung verfolgt das Ziel, den Handlungsspielraum bei der Preissetzung zu begrenzen, der sich den Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch ihre Marktmacht bietet. Die Regelungen dazu finden sich im Allgemeinen Eisenbahngesetz und in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)[48] und werden nach § 14b AEG von der Bundesnetzagentur überwacht.

42. Bereits in ihren vergangenen Sondergutachten zur Eisenbahn hat sich die Monopolkommission mit den Vorschriften der Entgeltregulierung beschäftigt und auf dringenden Bedarf zur Vereinfachung und Klarstellung der Systematik hingewiesen.[49] Dabei hat sie insbesondere im letzten Gutachten die bestehende Entgeltregulierung intensiv analysiert und Perspektiven und konkrete Handlungsempfehlungen herausgearbeitet. Seitdem sind von nationalen Entscheidungsträgern keine Impulse mit entscheidenden Wirkungen für das Entgeltregulierungssystem ausgegangen, sodass die von der Monopolkommission bereits dargelegten Hindernisse und Perspektiven größtenteils weiterhin bestehen.[50]

43. Die Diskussionen um die Anwendung des bestehenden Systems und mögliche Veränderungen haben sich unterdessen fortgesetzt. Im Mittelpunkt steht dabei die Bestimmung der Kapitalkosten im Eisenbahninfrastrukturbereich. Neben der mit der bevorstehenden Aktualisierung des sog. ersten europäischen Eisenbahnpakets verbundenen Präzisierung der Entgeltregulierung wird

[45] Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass in Bezug auf Serviceeinrichtungen nicht in jedem Fall ein natürliches Monopol vorliegt. Dies ist in der Regulierung entsprechend zu berücksichtigen; vgl. Tz. 208. Die allgemeine Darstellung dieses Abschnitts bezieht sich nur auf Infrastrukturen, die eine Essential Facility bilden.

[46] Vgl. Abschnitt 1.2.

[47] Vgl. die Abschnitte 2.1 und 2.2.

[48] Verordnung über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur vom 3. Juni 2005, BGBl. I S. 1566; geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 3. Juni 2009, BGBl. I S. 1235.

[49] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 193; Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 234 ff.

[50] Gleichwohl hat die derzeitige Bundesregierung eine Veränderung des bestehenden Regulierungsrechts im Koalitionsvertrag angekündigt; vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, a. a. O., S. 38. So ist konkret die Einführung einer Anreizregulierung geplant (vgl. Tz. 84). Außerdem soll die Regulierung des Zugangs zu Serviceeinrichtungen und des Bezugs von Bahnstrom verändert werden.

weiterhin die Einführung einer preisorientierten Regulierung insbesondere im Zusammenhang mit der geschlossenen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung diskutiert. Mit diesem Thema hat sich die Monopolkommission bereits in ihrem letzten Gutachten befasst.[51] Ebenso hat sie sich bereits mit der Problematik des Eisenbahnstroms auseinandergesetzt. Ende 2010 hat nun der Bundesgerichtshof eine langwierige Auseinandersetzung beendet und entschieden, dass die Bundesnetzagentur für die Kontrolle der Entgeltberechnung der Bahnstromfernleitungsnetze nach dem Energiewirtschaftsgesetz zuständig ist. Die genannten Entwicklungen werden daher auf Basis der bereits in der Vergangenheit durchgeführten Untersuchungen in diesem Kapitel dargestellt und analysiert.

44. Eine Stärkung des Schienenverkehrs in Deutschland kann nur erreicht werden, wenn die Entgelte zur Nutzung der staatlich finanzierten Eisenbahninfrastruktur nicht zu hoch sind und die Mittel möglichst effizient eingesetzt werden. Aufgrund des vorliegenden natürlichen Monopols und der dadurch bestehenden Tendenzen zu monopolistischen Preisbildungen ist eine Entgeltregulierung notwendig. Zusätzlich zu dieser Monopolsituation ist zu berücksichtigen, dass die Deutsche Bahn AG als dominierender Eisenbahninfrastrukturbetreiber gleichzeitig auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten aktiv ist und dementsprechend Anreize bestehen, die Marktrenten zugunsten der eigenen Verkehrsunternehmen zu beeinflussen. Da dies durch eine diskriminierende Ausgestaltung der Zugangsentgelte geschehen kann, beeinflusst die vertikal integrierte Struktur der Deutsche Bahn AG die Anforderungen an die Entgeltregulierung in hohem Maße. Die Macht- und Handlungsspielräume, die sich aufgrund des natürlichen Monopols im Bereich der Eisenbahninfrastruktur ergeben, bestimmen maßgeblich die notwendige Intensität der Regulierung. Auf dem Eisenbahnmarkt ist in Bezug hierauf insbesondere der intermodale Wettbewerb und die bis vor einiger Zeit schwache Rentabilität der Eisenbahninfrastrukturunternehmen relevant.

45. Das teilweise vorgebrachte Argument, dass bereits der intermodale Wettbewerb die Preissetzung der Eisenbahninfrastrukturbetreiber ausreichend diszipliniert, ist aus Sicht der Monopolkommission wenig überzeugend. Bereits in ihrem letzten Gutachten kam die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass der intermodale Wettbewerb kein ausreichendes Substitut für intramodalen Wettbewerb darstellt.[52] In einzelnen Teilsegmenten der Verkehrsmärkte ist eine erfreulich hohe Intensität des Wettbewerbs verschiedener Verkehrsträger durchaus gegeben. Letztlich gilt dies jedoch weder für das gesamte Netz noch für einen überwiegenden Teil aller Marktsegmente. So wurden zwar in Studien Interdependenzen zwischen „Billigfliegern“ und dem Eisenbahnverkehr als hoch bewertet. Allerdings können andere Verkehrsträger, wie beispielsweise der Flugverkehr, zum Teil nicht die gleichen Relationen bedienen wie der Schienenverkehr. Es ist daher anzunehmen, dass eine hohe intermodale Wettbewerbsintensität nicht gleichermaßen für das gesamte Netz besteht. Daher verbleiben Preissetzungsspielräume für den dominierenden Anbieter. Das generelle Erfordernis einer Entgeltregulierung im Eisenbahnverkehr wird durch den intermodalen Wettbewerb nicht aufgehoben.

46. Die langfristige Rentabilität wichtiger Eisenbahninfrastrukturunternehmen wird teilweise als Indikator für die Marktmacht des Infrastrukturanbieters gesehen und eine geringe Rentabilität dementsprechend als Hinweis darauf, dass ein Preishöhenmissbrauch nicht zu erwarten und daher eine Entgeltregulierung entbehrlich sei. Nachdem die Rentabilität der wichtigsten Eisenbahninfrastrukturbetreiber Deutschlands, der DB Netz AG und der DB Station & Service AG, in der Vergangenheit tatsächlich sehr gering war, ist diese in den letzten Jahren deutlich angestiegen.

Die beiden mit Abstand größten Infrastrukturbetreiber konnten in den letzten Jahren ihre Renditen steigern und deutlich positive Geschäftsergebnisse erzielen (vgl. Abbildung 2.1). Die DB Netz AG konnte 2007 erstmals in der Unternehmensgeschichte ein positives Ergebnis ausweisen und ihre Eigenkapitalrendite (vor Steuern) im Jahr 2009 auf über 11,5 Prozent erhöhen, bevor diese in 2010 erstmalig seit 2005 im Jahresvergleich nicht deutlich anstieg, sondern auf 0,5 Prozent absackte. Ob eher die hohe Rendite 2009 oder die niedrige Rendite 2010 eine Ausnahme darstellt, kann auf Grundlage der bekannten Informationen nicht abschließend beurteilt werden. Die Eigenkapitalrendite der DB Station & Service AG zeigt trotz einiger Schwankungen eine klar steigende Tendenz, wobei das Unternehmen bereits seit 2003 stets Überschüsse verbuchen konnte. Die Eigenkapitalrentabilität des Unternehmens betrug zuletzt fast 10 Prozent.[53] Begleitet wurden diese über die letzten zehn Jahre grundsätzlich steigenden Renditen der Infrastrukturunternehmen von deutlichen Erhöhungen der Trassenentgelte. Die mittleren Entgelte stiegen von 2002 bis 2010 je nach Verkehrssegment real um 6 bis 19 Prozent.[54]

---

51 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 5.3.1.

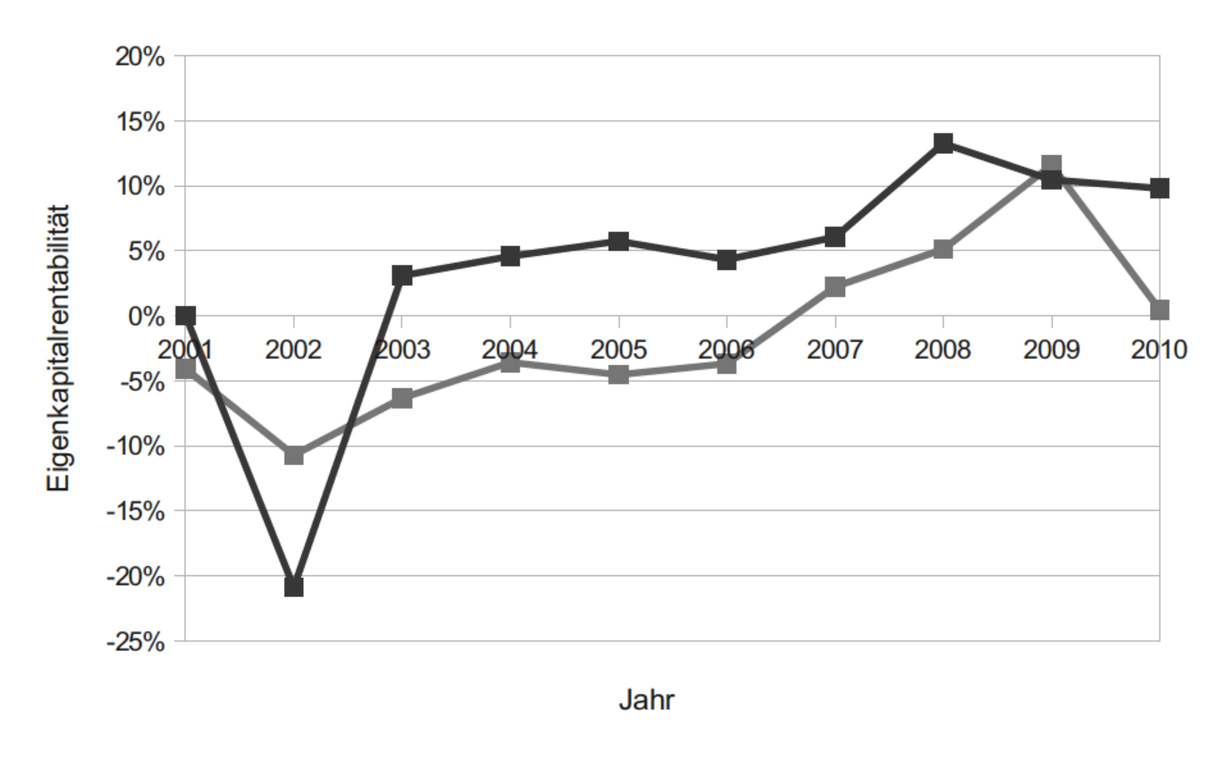
52 Dazu wurde bereits im vergangenen Gutachten eine ausführliche Analyse durchgeführt; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 5.1.

53 Die Gesamtkapitalrenditen der Unternehmen weisen vergleichbare Entwicklungen auf. Die Gesamtkapitalrendite der DB Netz AG (ohne Berücksichtigung von zinslos zur Verfügung gestelltem Fremdkapital) ist seit 2004 positiv, stieg bis 2009 kontinuierlich auf etwa 8 Prozent an und fiel in 2010 auf 3 Prozent. Im Falle der DB Station & Service AG ist die Parallelität der Entwicklungen noch deutlicher. Die Gesamtkapitalrendite lag dort zuletzt bei über 8,5 Prozent. Die Entwicklungen der Renditen sind über die Jahre durch eine Reihe von Sondereffekten beeinflusst (beispielsweise die Auflösung von Rückstellungen, die veränderte Bewertung der Rückstellungen durch die erstmalige Anwendung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), die Neuzuordnung der Immobilien innerhalb des DB-Konzerns, die Neustrukturierung der Konzernumlage, die Abrechnung von fertiggestellten Großprojekten, Verkäufe und Rückerwerbungen von Immobilien, die Bildung von Risikovorsorgen etc.), sodass die Rentabilität eines einzelnen Jahres wenig aussagekräftig sein kann. Die dargestellte langfristige Entwicklung, in der sich diese Effekte in gewissen Grenzen ausgleichen sollten, lässt dennoch eingeschränkt Rückschlüsse zu.

54 Die nominalen Entgeltsteigerungen betrugen zwischen 20 und 34 Prozent, während die allgemeine Inflation für diesen Zeitraum bei etwa 13 Prozent lag; vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2010, Dezember 2010, S. 34.

Abbildung 2.1

Eigenkapitalrentabilität (vor Steuern) der Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG



Quellen: DB Netz AG und DB Station & Service AG, Geschäftsberichte 2001 bis 2010; eigene Darstellung und Berechnungen

47. Die Rentabilität der wichtigsten Eisenbahninfrastrukturbetreiber ist bis 2009 offensichtlich deutlich und kontinuierlich gestiegen. Die vergleichsweise geringe Rendite der DB Netz AG in 2010 lässt dabei nicht die Schlussfolgerung des Endes eines langfristig steigenden Trends zu, da die Renditen durch eine Reihe von Sondereffekten beeinflusst sind und so die Rentabilität eines einzelnen Jahres wenig aussagekräftig ist.[55] Wie sich die Renditen weiterentwickeln werden, kann auf Grundlage der bekannten Informationen nicht abschließend beurteilt werden. Nach Presseberichten hat die Deutsche Bahn AG jedoch angekündigt, den Gewinn der Infrastrukturbetreiber nachhaltig deutlich steigern zu wollen und zur wichtigsten Ertragssäule des DB-Konzerns zu machen.[56] Eine langfristig extrem geringe Rentabilität ist vor diesem Hintergrund nicht zu erwarten und so nach Auffassung der Monopolkommission eine effektive Entgeltregulierung der Eisenbahninfrastruktur unerlässlich.

48. In Bezug auf die Rentabilität der Deutschen Bahn AG muss außerdem die massive Bezuschussung aus öffentlichen Mitteln berücksichtigt werden. Die Eisenbahninfrastruktur finanziert sich maßgeblich aus drei Quellen. Dies sind zum Ersten die bei den Kunden erzielten Entgelte, zum Zweiten direkte Subventionen für die Eisenbahninfrastruktur und zum Dritten die indirekten Subventionen der Personennahverkehrsunternehmen in Form von Bestellerentgelten. Konkret erzielt die DB Netz AG Schätzungen zufolge weniger als 60 Prozent ihrer gesamten Finanzmittel aus Umsatzerlösen, während der restliche Bedarf aus direkten Subventionen gedeckt wird. Die Regelungen der Finanzierung der Bestandsinfrastruktur und deren Neu- und Ausbau finden sich im Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG)[57]. Grundlage für die Wahl der finanzierten Schienenwege ist der Bundesverkehrswegeplan, der in einem fünfjährigen Turnus die Verkehrsprojekte vorgibt. Neben Baukostenzuschüssen stellen die pauschalen Bundesbeihilfen eine wichtige Finanzierungsquelle für Instandhaltungsaufwendungen und Ersatzinvestitionen dar. Deren Höhe wurde durch den Abschluss der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zwischen Bund und Deutscher Bahn AG festgelegt. Durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung wird die Finanzierung der Deutschen Bahn AG auf eine nachhaltige Kostenbasis gestellt.

[55] Vgl. Fn. 53.

[56] Vgl. Klimm, L., Bahn schöpft Monopolgewinne ab, Financial Times Deutschland, 18. Dezember 2009; Doll, N., Netzagentur macht Grubes Gewinnplanung zunichte, Die Welt, 20. August 2010; Klimm, L., Bahn kämpft um Netzgewinne, Financial Times Deutschland, 28. Januar 2011.

[57] Gesetz über den Ausbau der Schienenwege des Bundes vom 15. November 1993, BGBl. I S. 1874; zuletzt geändert durch Artikel 309 der Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407.

2.1.1 Die bestehende Regulierung der Infrastrukturentgelte

49. In der Vergangenheit hat die Monopolkommission bereits darauf hingewiesen, dass die rechtlichen Vorgaben zur Höhe und Strukturierung der Zugangsentgelte schwer zu interpretieren und nicht frei von Widersprüchen sind.[58] So vermag die Bundesnetzagentur auf Basis des bestehenden Entgeltregulierungssystems nur unter erschwerten Bedingungen missbräuchliche und diskriminierende Entgelte aufzudecken. Es fehlt insbesondere an eindeutigen Vorgaben, die den Diskriminierungstatbestand operationalisieren. Die Monopolkommission hat dementsprechend in ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnmarkt diesen Handlungsbedarf aufgezeigt und Empfehlungen für Veränderungen des Systems gegeben. Dennoch wurde der rechtliche Rahmen der Entgeltregulierung seither nicht entscheidend verändert.

2.1.1.1 Der rechtliche Rahmen der Entgeltregulierung

50. Auf Grundlage europäischer Vorgaben (insbesondere der Richtlinie 2001/14/EG) hat der Gesetzgeber im Jahr 2005 Vorschriften zu einer Entgeltkontrolle von Schienenwegen, Serviceeinrichtungen, Zusatz- und Nebenleistungen in die einschlägigen deutschen Rechtsnormen Allgemeines Eisenbahngesetz und Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung aufgenommen. Im deutschen Recht findet sich die Normierung der Entgeltregulierung in § 14 Absatz 4 AEG für Betreiber von Schienenwegen und in § 14 Absatz 5 AEG für Betreiber von Serviceeinrichtungen.[59] Die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben wird von der Bundesnetzagentur überwacht. Jede Entgeltfestsetzung oder -veränderung bedarf dabei der Zustimmung der Bundesnetzagentur, d. h. die Entgelte zur Nutzung der Infrastruktur werden ex ante reguliert. Zusätzlich besteht die Möglichkeit einer Ex-post-Überprüfung gemäß § 14f Absatz 1 AEG.

51. Die Systematik der Entgeltregulierung unterliegt erheblichen Interpretationsspielräumen, die deren Wirksamkeit einschränken. Grundlegend für dieses Problem ist dabei der Konflikt zwischen Vollkosten- und Inkrementalkostenansatz. Dabei wird nach vorherrschender Meinung auf Grundlage von § 14 Absatz 4 Satz 1 AEG für deutsche Schienenwegbetreiber von einem Vollkostenansatz für die Bemessung der Entgelte ausgegangen, bei dem die Betreiber von Infrastruktur die Kosten für ihre Pflichtleistungen einschließlich einer marktüblichen Rendite auf die Zugangspreise umlegen dürfen.[60] Dennoch zieht sich auch die Orientierung an einem Inkrementalkostenansatz durch die Formulierung „Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen" durch die Vorgaben aller relevanten Normtexte.[61] Überwiegend wird die Anschauung vertreten, dass von einem Vollkostenansatz auszugehen ist und die Infrastrukturbetreiber dementsprechend Aufschläge auf die Inkrementalkosten erheben können, die zu einer vollständigen Deckung aller anfallenden Kosten führen.

52. Da eine detaillierte Einzelpreisgenehmigung für jedes Trassenentgelt nicht praktikabel ist, existieren für die Ex-ante-Regulierung der Schienenwege Entgeltgrundsätze zur Preisfestsetzung, die vom Infrastrukturbetreiber bei der Strukturierung der Entgelte einzuhalten sind. Die Entgeltgrundsätze gemäß §§ 21 und 22 EIBV geben dabei die Verteilung der Fixkosten auf die einzelnen Zugleistungen vor. Zusätzlich gibt der Entgeltmaßstab an, welche Kosten insgesamt auf die erhobenen Entgelte zu verteilen sind. Dabei wird wie dargestellt für deutsche Schienenwegbetreiber von einem Vollkostenansatz für die Bemessung der Entgelte ausgegangen. Auf Grundlage der sich daraus ergebenden Obergrenze für die kumulierten Zugangsentgelte strukturieren die Entgeltgrundsätze die Zusammensetzung der Entgelte normativ. Dazu gibt § 14 Absatz 4 AEG nach vorherrschender Meinung ein „Baukastenprinzip" der Entgeltregulierung vor. Ausgangspunkt sind gemäß § 14 Absatz 4 Satz 2 AEG die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden variablen Kostenbestandteile. Zur Fixkostendeckung werden dann Zuschläge entsprechend den Entgeltgrundsätzen erhoben. Vor diesem Hintergrund prüft die Bundesnetzagentur anhand des Entgeltmaßstabs die Höhe der Entgelte und anhand der Entgeltgrundsätze ihre Strukturierung.

53. Im Gegensatz zum Entgeltmaßstab des europäischen Unionsrechts in Artikel 6 Absatz 1 RL 2001/14/EG unterscheidet das deutsche Eisenbahnrecht explizit zwischen Schienenwegen und Serviceeinrichtungen. So existiert für Betreiber von Serviceeinrichtungen kein Entgeltmaßstab in Höhe einer absoluten Vollkostenobergrenze, sondern gemäß § 14 Absatz 5 Satz 1 AEG lediglich ein allgemeines Missbrauchsverbot für die Bemessung der Entgelte. Dieses erfasst sowohl Preishöhenmissbrauch als auch Behinderungsmissbrauch.[62] Die Missbrauchskontrolle ist für den Regulierer sehr schwer durchführbar, da überprüft werden muss, ob die Entgelte denen in einer Wettbewerbssituation entsprechen.[63]

54. Das genaue Entgeltsystem, das hier nur in Grundzügen dargestellt wurde, ist ausgesprochen komplex und die Vielzahl der bestehenden komplementären Vorschriften

---

[58] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 5.2.

[59] In den §§ 20 bis 24 sowie den Anlagen 1 und 2 EIBV wird die Entgeltbestimmung weiter konkretisiert.

[60] Im europäischen Unionsrecht wird der Vollkostenmaßstab insofern präzisiert, als dass etwaige staatliche Finanzierungen gemäß Artikel 6 Absatz 1 Unterabs. 1 RL 2001/14/EG von den Vollkosten abzuziehen sind. Dies gilt sowohl für die Schienenwege als auch für Serviceeinrichtungen, da das Unionsrecht hier keine Unterscheidung trifft.

[61] Unter anderem findet sich dieser Konflikt in den Sätzen 2 und 3 des § 14 Absatz 4 AEG.

[62] In älteren Fassungen deutete die Formulierung von § 14 Absatz 5 Satz 2 AEG darauf hin, dass der Schwerpunkt der Bestimmung auf dem Verbot des Behinderungsmissbrauchs liegen sollte. Dies wurde dahingehend geändert, dass nun explizit auch Preishöhenmissbrauch Erwähnung findet; vgl. Viertes Gesetz zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 19. Mai 2009, BGBl. I S. 1100, das seit 29. Mai 2009 gilt.

[63] Neben Schienenwegen und Serviceeinrichtungen unterscheiden die Entgeltvorschriften außerdem Zusatz- und Nebenleistungen (beispielsweise die Versorgung mit Brennstoffen oder die technische Inspektion des Rollmaterials), die fakultativ erbracht werden. Nur für Zusatzleistungen besteht ein Diskriminierungsverbot, die Höhe der Entgelte unterliegt nach deutschem Recht keiner Regulierung. Da die Richtlinie 2001/14/EG bei der Definition des Vollkostenansatzes den Entgeltmaßstab ausschließlich auf Infrastrukturbetreiber bezieht, kann davon ausgegangen werden, dass dieser Ansatz für Zusatz- und Nebenleistungen keine Anwendung findet, solange diese keine direkte Infrastrukturbindung aufweisen.

erzeugt einen erheblichen Interpretationsbedarf.[64] Zu betonen ist, dass dieses Konzept kaum geeignet ist, die Überprüfbarkeit der Zusammensetzung der Entgelte zu gewährleisten. Klare Kriterien der Entgeltfestsetzung sind daher erforderlich.

2.1.1.2 Fehlende Anreize zur effizienten Leistungserstellung

55. Der sich aus § 14 Absatz 4 Satz 1 AEG bzw. Artikel 6 Absatz 1 RL 2001/14/EG ergebende Vollkostenansatz für die Bemessung der Entgelte unterscheidet nicht zwischen effizienten und ineffizienten Kosten. Um effizientes Wirtschaften zu fördern, werden in anderen regulierten Industrien beispielsweise nur die „Kosten der effizienten Leistungserstellung“ als Maßstab anerkannt. Das Eisenbahnrecht sieht dagegen keine derartigen Effizienzkostenansätze vor. Allerdings fordert Artikel 6 Absatz 2 RL 2001/14/EG, den Infrastrukturbetreibern Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und Zugangsentgelte zu geben. Dazu werden den Mitgliedstaaten in Artikel 6 Absatz 3 RL 2001/14/EG zwei Alternativen ermöglicht: Diese Anreize können entweder durch vertragliche Vereinbarungen mit mindestens dreijähriger Laufzeit umgesetzt werden, welche die zuständige Behörde mit den Infrastrukturbetreibern schließt und die staatliche Finanzierung regelt; alternativ können diese Anreize durch aufsichtsrechtliche Maßnahmen und entsprechende Befugnisse gesetzt werden. Der generelle Konflikt zwischen den Vorgaben zu Anreizelementen und der Bemessung der Zugangspreise in Höhe der dem Monopolisten tatsächlich entstehenden Vollkosten ist nur durch eine zeitliche Abfolge in dem Sinne aufzulösen, dass zunächst die Vollkosten berücksichtigt und im Anschluss Anreizfaktoren eingebunden werden.[65]

56. Im deutschen Eisenbahnrecht ist die Einbindung von Anreizelementen ferner nicht einheitlich durchgeführt worden. Für das Schienennetz existieren keine expliziten Vorgaben, aus denen sich Anreizelemente für die Netzbetreiber herleiten lassen. Der Bundesnetzagentur ist ein kritisches Hinterfragen der konkreten Höhe der veranschlagten Kosten im Hinblick auf Effizienzgesichtspunkte ebenso wenig möglich, wie Produktivitätsfortschritte einzufordern oder sich erbrachte Produktivitätssteigerungen in Kostenminderung und Preissenkung nachweisen zu lassen.

Auch in Bezug auf die Entgeltregulierung der Serviceeinrichtungen sind die Anreizwirkungen zur Effizienzsteigerung und Entgeltsenkung relativ begrenzt. Im deutschen Recht wird hier von der Vollkostendeckung des Unionsrechts abgewichen. Es besteht lediglich ein Missbrauchsverbot. Theoretisch könnte ein Verbot des Preishöhenmissbrauchs Effizienzanreize setzen, da diese in der hypothetischen Wettbewerbssituation vorlägen, die als Vergleichssituation für den Regulierer dient. Allerdings ist der Nachweis des Missbrauchs durch ineffiziente Ressourcenverwendung durch die Regulierungsbehörde kaum zu erbringen.

57. Insgesamt lassen sich aus dem deutschen Regulierungsrecht keine starken Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte ableiten. Nach Auffassung der Monopolkommission wurden die Vorgaben aus dem Unionsrecht hinsichtlich Effizienzanreizen für den deutschen Bahnmarkt nur unvollkommen umgesetzt.

2.1.1.3 Missbrauchspotenziale im bestehenden Regulierungsrecht

58. Ein grundlegendes Problem der bestehenden Regulierung der Entgelte ist der geschilderte Konflikt zwischen Vollkosten- und Inkrementalkostenansatz. Ökonomisch ist ein Preis in Höhe der Grenzkosten effizient, da kein Zugangsberechtigter, der bereit ist, die durch seinen Zugang zusätzlich verursachten Kosten zu tragen, von der Nutzung der Infrastruktur ausgeschlossen wird. Aufgrund der hohen Fixkosten der Eisenbahninfrastruktur sind derartige Preise allerdings bei Weitem nicht kostendeckend, sodass die Bereitstellung der Infrastruktur zu Inkrementalkosten nur möglich wäre, wenn die Fixkosten vollständig anderweitig finanziert werden könnten.

59. Für die Verteilung der Aufschläge auf die Inkrementalkosten ist relevant, ob der Betreiber der Infrastruktur vertikal integriert ist. Ist dies nicht der Fall, wird ein rationaler Infrastrukturbetreiber für wenig preissensible Eisenbahnverkehrsgesellschaften besonders hohe Aufschläge wählen. Dadurch werden bei Berücksichtigung des Entgeltmaßstabs Zugangsentgelte Ramsey-Preisen entsprechen und gegenüber der effizienten Preissetzung in Höhe der Grenzkosten zu geringen Wohlfahrtsverlusten führen.[66] Ein vertikal integriertes Unternehmen hat dagegen einen Anreiz, die Wettbewerber der eigenen Verkehrsgesellschaften zu diskriminieren, indem für diese möglichst hohe Aufschläge gewählt werden. So könnte ein integrierter Anbieter von Infrastruktur und Verkehrsleistungen, wie die Deutsche Bahn AG, entstehende Kosten aus Bereichen, in denen die eigenen Transportgesellschaften stark oder fast ausschließlich vertreten sind, in Bereiche verlagern, in denen sich Wettbewerb entwickelt hat. Dadurch würde das Unternehmen Anteile an den Fixkosten überproportional an die Wettbewerber der eigenen Transportunternehmen weitergeben. Außerdem würden die eigenen Gesellschaften in anderen Segmenten entlastet. Konzernintern könnten wiederum im Wettbewerb stehende Gesellschaften querfinanziert werden. Insgesamt kann dadurch der Entgeltmaßstab eingehalten werden. Dieses Vorgehen, das für die Deutsche Bahn AG Wettbewerbsvorteile generiert und damit anreizkompatibel ist, würde also eine Verzerrung des Wettbewerbs bedeuten.

Auch kann das Unternehmen durch geringe Entgelte in Bereichen, in denen es auf den Verkehrsmärkten eine Mo-

[64] Eine detaillierte Darstellung des rechtlichen Rahmens der Entgeltregulierung gibt Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 182 ff.

[65] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 193.

[66] Vgl. Braeutigam, R.R., Optimal Policies for Natural Monopolies, in: Schmalensee, R./Willig, R. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 2, Amsterdam u. a. 1989, Kapitel 23, S. 1289–1346.

nopolstellung besitzt, Renten teilweise in die nachgelagerte Ebene verschieben. So würden die Infrastrukturunternehmen vergleichsweise geringe Renditen aufweisen und könnten die gesetzliche Renditeobergrenze trotz faktisch hoher Profite durch die monopolistische Infrastruktur einhalten. In diesem Fall würde eine niedrigere Rentabilität der Infrastrukturunternehmen keinen Hinweis auf eine effiziente Bereitstellung der Vorleistung und geringen Regulierungsbedarf darstellen.

60. Aus diesen Gründen ist es unverzichtbar, den Entgeltmaßstab durch klare Kriterien zu ergänzen, wie es bisher in Deutschland nur für Schienenwege im Ansatz der Fall ist. Allerdings werden auch dort den Infrastrukturbetreibern relativ große Freiheiten bei der Zuschlüsselung der Gemeinkosten und produktspezifischen Fixkosten gelassen, sodass fraglich ist, ob die Entgeltgrundsätze derzeit Diskriminierungspotenzial einschränken können.[67] Die Nachfrager von Infrastrukturleistungen sind im Wesentlichen nur durch das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß § 14 Absatz 1 AEG vor einer diskriminierenden Entgeltsetzung geschützt. Allerdings ergeben sich durch die vielschichtigen Preissysteme der komplexen Zugangsleistungen die Unmöglichkeit der „richtigen“ Zurechnung und so Spielräume, Renten zu verlagern und Wettbewerber zu diskriminieren.[68]

61. So zeigt sich, dass die vertikale Integration des dominierenden Akteurs Deutsche Bahn AG im Eisenbahnmarkt die Regulierungsanforderungen der Zugangsentgelte erheblich beeinflusst. Der bestehende Rahmen der Entgeltregulierung schützt nur unzureichend vor Diskriminierung. Marktneulinge, die eine mögliche Diskriminierung bei einem Marktzutritt in ihrer Kalkulation berücksichtigen müssen, werden so vom Markt ferngehalten. Auch vor diesem Hintergrund vertritt die Monopolkommission die Auffassung, dass ein effizienter Eisenbahnmarkt nur dann zu erreichen ist, wenn Infrastruktur und Verkehrsleistung eigentumsrechtlich getrennt voneinander bewirtschaftet werden. Solange diese Trennung nicht erfolgt ist, bedarf es einer integrierten Betrachtung potenzieller Missbrauchstatbestände.

62. Insgesamt ist das Entgeltregulierungssystem nach Auffassung der Monopolkommission nur sehr eingeschränkt geeignet, Missbrauchpotenziale zu begrenzen und einen effizienten Wettbewerb auf der Schiene zu gewährleisten, da klare Kriterien der Entgeltfestsetzung fehlen. Dies zeigt auch die Anwendung der bestehenden Vorschriften in der Regulierungspraxis.

[67] Die grundsätzliche Vorgabe des § 14 Absatz 4 Satz 2 AEG lässt den Betreibern von Schienenwegen für die Zuschlüsselung von Gemeinkosten und produktspezifischen Fixkosten relativ große Spielräume und verweist nicht unmittelbar auf die Zurechnung entsprechend den Entgeltgrundsätzen gemäß Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung. So wird dem Betreiber von Schienenwegen beispielsweise gestattet, die Aufschläge auf die Inkrementalkosten nicht allein nach der Verkehrsleistung, sondern ebenfalls nach Marktsegmenten zu differenzieren, wobei in Bezug auf den Begriff Marktsegment keine eindeutige Auslegung existiert. So können sich Eisenbahninfrastrukturunternehmen darauf berufen, Zugangsentgeltsysteme auf Grundlage der unscharfen Vorgaben des § 14 Absatz 4 Satz 2 AEG zu erstellen.

[68] Vgl. Abschnitt 2.1.1.4.

2.1.1.4 Regulierungspraxis

63. Wie bereits dargestellt, räumen die bestehenden Entgeltvorschriften den Infrastrukturbetreibern viele Freiheiten bei der Kalkulation der Zugangsentgelte ein. Da die Kosten für den Zugang zu Infrastruktur und Serviceeinrichtungen inklusive Bahnstrom fast die Hälfte[69] der gesamten anfallenden Kosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausmachen, haben Diskriminierungsmöglichkeiten bei der Entgeltgestaltung sehr großen Einfluss auf die Wettbewerbssituation auf den Verkehrsmärkten und können als wichtige Markteintrittsbeschränkung fungieren.

64. Aufgrund der marktmächtigen Position der Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG in Verbindung mit der vertikal integrierten Struktur wird insbesondere von Wettbewerbern wiederholt die Befürchtung geäußert, durch die Zugangsentgelte könnten bestimmte Verkehrsleistungen systematisch benachteiligt werden. Die Entgeltsysteme der Deutschen Bahn AG werden durch die Bundesnetzagentur im Rahmen der Ex-post-Kontrollen auch auf solche potenziellen Wettbewerbsverzerrungen hin untersucht. Dies betrifft insbesondere das Trassenpreissystem der DB Netz AG und das Stationspreissystem der DB Station & Service AG. Im Rahmen dieser Verfahren hat die Regulierungsbehörde in jüngster Vergangenheit zwei wichtige Prüfungen, die der Regionalfaktoren innerhalb des Trassenpreissystems der DB Netz AG und die des Stationspreissystems der DB Station & Service AG, abgeschlossen.

Das Preissystem der DB Netz AG für Schienenwege

65. Das Trassenpreissystem, das jährlich zur neuen Fahrplanperiode erneuert wird, orientiert sich an den gesetzlichen Vorgaben der Entgeltregulierung. Das System ist komponentenweise aufgebaut und besteht in dieser Form bereits seit 2001.[70] Das Trassenentgelt besteht aus einem Grundpreis, abhängig von der jeweiligen Streckenkategorie, der durch den Multiplikator Trassenproduktfaktor angepasst wird. Der Trassenproduktfaktor ist abhängig von der Trassennutzung. Darüber hinaus können auf den Trassenpreis „leistungsabhängige Komponenten“ und „sonstige Entgeltkomponenten“ aufgeschlagen werden.[71]

Nach dem Preissystem basiert der Grundpreis nicht auf den Inkrementalkosten nach § 14 Absatz 4 AEG. Diese Kosten werden durch den Trassenproduktfaktor und eine zusätzliche Lastkomponente abgebildet. Die Fixkosten

[69] Nach Angaben von Marktteilnehmern machen Kosten für den Zugang zur Infrastruktur je nach Verkehrsleistung etwa 45 Prozent der Gesamtkosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus.

[70] Neben der turnusgemäßen Preisanpassung mit dem erneuerten Preissystem ab 2012 besteht die einzige Neuerung gegenüber früheren Preissystemen darin, dass die DB Netz AG Gebühren für die Nutzung von Dispositionsarbeitsplätzen erhebt. Diese Gebühren werden aufgrund der Entscheidung der Bundesnetzagentur, Wettbewerbern Zugang zu den Betriebszentralen der Deutschen Bahn AG zu ermöglichen, neu eingeführt.

[71] Beispielsweise kann ein Auslastungszuschlag auf besonders stark ausgelasteten Strecken in Höhe von 20 Prozent erhoben werden. Eine additive Komponente ergibt sich aus dem Anreizsystem zur Verringerung von Störungen. Im Bereich des Güterverkehrs erhebt die DB Netz AG ab einer bestimmten Zuglast einen Lastzuschlag.

werden durch das Komponentensystem auf die unterschiedlichen Leistungen umgelegt. Danach ist eine Prüfung der Zurechnung von durch eine bestimmte Verkehrsleistung verursachten Kosten kaum möglich. Vor diesem Hintergrund eröffnen sich dem Netzbetreiber verschiedene Möglichkeiten, den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu beeinflussen. Wettbewerber verweisen in diesem Zusammenhang beispielsweise darauf, dass das Trassenpreissystem die hohen Kosten der Fernverkehrsstrecken, auf denen fast ausschließlich die Deutsche Bahn AG aktiv ist, nicht adäquat abbilde. Stattdessen würden die für den Schienenpersonennahverkehr relevanten Strecken sehr hoch bepreist. Dies konnte durch die Bundesnetzagentur jedoch bisher nicht nachgewiesen werden.

66. Die Regulierungsbehörde hat mit Bescheid vom 5. März 2010 die Regionalfaktoren im Trassenpreissystem der DB Netz AG für ungültig erklärt. Die DB Netz AG klagte zunächst gegen den Bescheid. Einer richterlichen Entscheidung durch das Verwaltungsgericht Köln kamen Bundesnetzagentur und DB Netz AG jedoch zuvor und einigten sich auf eine schrittweise Abschaffung der Regionalfaktoren. Im geschlossenen Vergleichsvertrag wurde eine Absenkung der Faktoren in mehreren Regionalnetzen mit Beginn der laufenden Netzfahrplanperiode im Dezember 2010 und deren vollständige Abschaffung ab Dezember 2011 festgeschrieben. Diese Lösung gewährleistet ein schnelles Ende des Konflikts und damit Planungssicherheit für Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträger.

67. Im bisherigen Trassenpreissystem der DB Netz AG werden Regionalfaktoren als „sonstige Entgeltkomponenten“ auf den Trassenpreis aufgeschlagen. Diese Regionalfaktoren wurden für 40 Regionalnetze erhoben und sollten dazu dienen, eine Verbesserung der Kostendeckung regionaler Netze zu erreichen. Die Erhebung von Regionalfaktoren erfolgte nur auf regionalen Strecken, die hauptsächlich vom Schienenpersonennahverkehr genutzt werden. Dabei sehen die Regionalfaktoren eine intermodale Differenzierung vor, d. h. von den Nutzern der mit dem Regionalfaktor beaufschlagten Strecke wurde nur der Schienenpersonennahverkehr, nicht aber der Schienenpersonenfernverkehr und der Schienengüterverkehr, mit dem Regionalfaktor belastet.

Die 2003 erfolgte Einführung der Regionalfaktoren wurde von Wettbewerbern wiederholt kritisiert, da dadurch insbesondere die Entgelte für Trassen erhöht würden, auf denen sie aktiv seien. Dabei belasten die Regionalfaktoren die Wettbewerber nicht unmittelbar, da die höheren Entgelte in den Bestellerentgelten eingepreist werden. Auf diese Weise kann jedoch Druck auf die Aufgabenträger ausgeübt werden, Leistungen an die Deutsche Bahn AG zu vergeben, um Preiserhöhungen durch Regionalfaktoren auszuschließen.[72]

68. Auch die Bundesnetzagentur bemängelte, dass der Preisaufschlag auf Strecken erhoben wird, auf denen sich der Wettbewerb im Schienenpersonennahverkehr konzentriert, und die Verteuerung dieser Strecken daher den Wettbewerb belastet. Dennoch stellte die Behörde in ihrer Entscheidung zur Abschaffung der Regionalfaktoren nicht auf die konkrete Diskriminierung von Wettbewerbern ab, sondern allgemein auf das Fehlen sachlicher Gründe zur Ungleichbehandlung von Eisenbahnverkehrsgesellschaften. So argumentiert die Behörde in ihrem Bescheid lediglich, dass die DB Netz AG die Regionalfaktoren nur auf einigen Regionalstrecken verlange, was zu ungerechtfertigt hohen Trassenentgelten für einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen führe. Punktuell führten die Regionalfaktoren sogar dazu, dass für Trassen auf schlecht ausgerüsteten Strecken höhere Entgelte zu zahlen waren als auf Hochgeschwindigkeitsstrecken. Außerdem wird auch zwischen den Regionalnetzen eine Differenzierung vorgenommen. Die DB Netz AG begründete die Erhebung der Regionalfaktoren mit einer mit geringer Streckenauslastung einhergehenden Kostenunterdeckung, konnte dies aber nicht ausreichend belegen. Sowohl die Auswahl der Strecken als auch die Höhe der Regionalfaktoren waren aus Sicht der Bundesnetzagentur sachlich nicht nachvollziehbar.

69. Mit der Ungültigkeitserklärung forderte die Bundesnetzagentur die DB Netz AG auf, ihre Entgelte im Rahmen der Vollkostendeckung zu modifizieren.[73] Dazu gibt die Bundesnetzagentur keine konkreten Maßnahmen vor, sondern lässt der DB Netz AG Gestaltungsspielraum, einen kostendeckenden Betrieb der Eisenbahninfrastruktur sicherzustellen. Dementsprechend erhöht die DB Netz AG als Ausgleich der 2011 entfallenden Regionalfaktoren die Entgelte bestimmter Streckenkategorien ab dem 11. Dezember 2011. Diese Preiserhöhungen bleiben allerdings unter Vorbehalt einer Einigung über die Kompensation der entfallenen Regionalfaktoren durch Zuschüsse der Bundesländer. Die DB Netz AG steht dazu derzeit in Diskussionen mit den Bundesländern zur Umwandlung der Einsparungen durch den Wegfall der Regionalfaktoren in Betriebskostenzuschüsse, sodass der Wegfall der Regionalfaktoren zu keinen weiteren Auswirkungen auf das Trassenpreissystem im Sinne von Preissteigerungen führt. Nur falls es diesbezüglich zu keiner Einigung kommt, wird die DB Netz AG in ihrem Preissystem den Wegfall der Regionalfaktoren über Preiserhöhungen kompensieren. Diese werden hauptsächlich Strecken betreffen, die vorher mit den Regionalfaktoren belegt waren.[74] Somit werden nach Angaben der DB Netz AG die im Marktsegment bzw. in der Verkehrsleistung entstehenden Kosten auch von diesem Segment bzw. dieser Leistung getragen. In jedem Fall bleiben die praktischen Auswirkungen des Bescheids der Bundesnetzagentur sehr begrenzt.

---

[72] Die Deutsche Bahn AG bot den Aufgabenträgern an, durch Mehrbestellung und/oder durch die Bereitstellung von Fördermitteln Einfluss auf die Höhe des jeweiligen Regionalfaktors zu nehmen und kündigte für den Fall der Minderbestellung oder Reduzierung von Zuschüssen eine Erhöhung der Regionalfaktoren an.

[73] Im Widerspruch zu dieser Aufforderung zur Modifizierung im Rahmen der Vollkostendeckung spricht die Bundesnetzagentur in ihrer Mitteilung vom 20. August 2010 zur Abschaffung der Regionalfaktoren von einer dadurch entstehenden Entlastung des Schienenpersonennahverkehrs in Höhe von knapp 20 Mio. Euro

[74] Die Preiserhöhungen um 0,22 bzw. 0,23 Euro pro Trassenkilometer treffen neben zwei Zulaufstreckenkategorien auch eine Fernverkehrskategorie.

70. Neben der Bundesnetzagentur haben sich auch Zivilgerichte mit der Gültigkeit von Bestandteilen des Trassenpreissystems beschäftigt. Die DB Netz AG hob zum Fahrplanwechsel 2007/2008 die Stornierungsentgelte drastisch an. In einem Urteil vom 25. August 2009 hat das Landgericht Düsseldorf die von der DB Netz AG vorgenommene Erhöhung der Stornierungsentgelte um 150 Prozent für unwirksam erklärt.[75] Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte diese Entscheidung weitgehend.[76] Stornierungsentgelte werden verlangt, wenn die Benutzung einer Trasse oder eines Trassenteils an einem oder mehreren Verkehrstagen abbestellt wird. So sollen Investitionsanreize abgesichert und Fehlanreize unterbunden werden, Trassen auf Engpassabschnitten zu blockieren. Im Trassenpreissystem der DB Netz AG ist die Höhe der Entgelte abhängig vom Stornierungszeitpunkt. Neben einem prozentualen Anteil des regulären Trassenpreises berechnet die DB Netz AG, im Zuge der Erhöhung, nun zusätzlich ein Mindeststornoentgelt in Höhe des Preises einer Angebotserstellung. Die Gerichte begründeten ihre Entscheidungen zur Unwirksamkeit der Erhöhung damit, dass die DB Netz AG die deutliche Preiserhöhung nicht nachvollziehbar über gestiegene Kosten begründen konnte. Als Folge des Urteils des Oberlandesgerichts senkt die DB Netz AG die prozentualen Anteile der Stornierungsentgeltberechnung mit Beginn des Fahrplanjahres 2012 wieder auf das frühere Niveau. Die Mindeststornoentgelte bleiben aber in ihrer Form weiter bestehen.

Das Stationspreissystem der DB Station & Service AG

71. Die Bundesnetzagentur hat 2007 eine Untersuchung der Regelungen der DB Station & Service AG über die nach dem Stationspreissystem 2005 berechneten Entgelte für die Nutzung von Personenbahnhöfen durch die zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Übereinstimmung mit dem Entgeltmaßstab nach § 14 Absatz 5 AEG (in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung) begonnen. Mit Bescheid vom 10. Dezember 2009 hat die Regulierungsbehörde das Preissystem schließlich für diskriminierend und mit Wirkung zum 1. Mai 2010 für ungültig erklärt.

72. Die Untersuchung der Bundesnetzagentur bezog sich auf das 2005 eingeführte Stationspreissystem, durch welches die DB Station & Service AG das Preissystem für Personenbahnhöfe grundlegend erneuert hatte. Dieses System unterschied grundsätzlich sechs verschiedene Bahnhofskategorien, deren Preise zusätzlich nach Bundesländern differenzierten. Außerdem erhob die DB Station & Service AG einen Zuschlag für die Zuglänge, wobei zwischen zwei Kategorien differenziert wurde. Die Bundesnetzagentur bemängelte, dass die Stationspreise nicht nachvollziehbar kostenbasierend gebildet würden und die genaue Kalkulation der Entgelthöhen unklar sei. Durch das Fehlen einer verursachungsgerechten Kostenzuschlüsselung komme es aufgrund der Unterscheidung nach Bundesländern schließlich zu einer sachlich nicht begründbaren Ungleichbehandlung von Zugangsberechtigten im bundesweiten Vergleich. Obwohl die Bundesnetzagentur mögliche Diskriminierungswirkungen einzelner Bestandteile des Stationspreissystems andeutet, erstreckt sich auch dieser Bescheid nur auf die Höhe der Stationspreise. Ebenso wie im Falle der Regionalfaktoren beanstandete die Bundesnetzagentur, dass die Kalkulation der Entgelthöhen nicht nachvollziehbar dargelegt werde. Die Struktur wird nicht unmittelbar bemängelt. Allerdings legte die Behörde der DB Station & Service AG nahe, auch die kritischen Regelungen in den Entgeltgrundsätzen zu überarbeiten.

73. Die DB Station & Service AG hat gegen diesen Bescheid bei der Bundesnetzagentur Widerspruch eingelegt und gleichzeitig beim Verwaltungsgericht Köln einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gestellt. Nach einer Ablehnung des Antrags durch das Verwaltungsgericht Köln[77] und einer anschließenden Beschwerde der DB Station & Service AG hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen[78] am 23. März 2010 die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids der Bundesnetzagentur ausgesetzt. Dennoch geht auch das Oberverwaltungsgericht davon aus, dass die DB Station & Service AG ein in sich stimmiges Preis- und Berechnungssystem nicht hinreichend anschaulich gemacht hat.[79] Das Unternehmen blieb trotz dieser Entscheidung verpflichtet, sein Preis- und Berechnungssystem transparent und nachvollziehbar darzulegen. Dazu wurden Gespräche zwischen der DB Station & Service AG und der Bundesnetzagentur geführt.

74. Die DB Station & Service AG entschloss sich, ihr Preissystem grundlegend zu ändern, sodass seit Beginn des Jahres 2011 das neue Stationspreissystem gilt. Bahnhöfe werden in nunmehr sieben verschiedene Kategorien eingeordnet. Die Kategorisierung erfolgt nach einem komplexen System, bei dem neben der Ausstattung (Bahnsteigkanten, Bahnsteiglänge, Stufenfreiheit, Service) auch das Passagieraufkommen und die Anzahl der täglichen Zughalte berücksichtigt werden. Durch eine gewichtete Bewertung dieser Faktoren erfolgt die Einordnung in eine der sieben Grundkategorien.[80] Zusätzlich wird nun nicht mehr nach Bundesländern, sondern nach Aufgabeträgergebieten differenziert. So lassen sich nach Ansicht der DB Station & Service AG Förderungen preis-

---

[75] LG Düsseldorf, Urteil vom 25. August 2009, 14c O 104/08.

[76] OLG Düsseldorf, Urteil vom 3. März 2010, VI-U Kart 16/09. Obwohl Stornierungsentgelte ihrem Charakter nach der Regulierung unterliegen, berührt nach Meinung der Gerichte die Überprüfungsmöglichkeit der Bundesnetzagentur nach § 14f AEG nicht die Anwendbarkeit des § 315 BGB; vgl. LG Düsseldorf, 14c O 104/08, Rn. 33 ff. bzw. OLG Düsseldorf, VI-U Kart 16/09, Abschnitt II.B.1.b.

[77] VG Köln, Beschluss vom 26. Februar 2010, 18 L 51/10

[78] OVG NRW, Beschluss vom 23. März 2010, 13 B 247/10.

[79] Vgl. ebenda, Rn. 18. Das Gericht ließ offen, ob ein Missbrauch im Sinne des § 14 Absatz 5 AEG vorliegt.

[80] Der Stationspreis je Kategorie wird aus den jeweiligen Kosten und der Nutzung der Verkehrsstation abgeleitet. Bei der Berechnung der verschiedenen Grundpreise trennt die DB Station & Service AG nun explizit zwischen der für den Schienenverkehr notwendigen Infrastruktur und sonstiger Infrastruktur, die zwar einen Mehrwert darstellen kann, aber keinen Einfluss auf den reinen Bahnbetrieb hat.

lich transparenter abbilden. Zusätzlich wird der Zuglängenfaktor neu in drei Stufen gestaffelt. Insbesondere der höchste Faktor, der für lange Züge zu einer Verdreifachung des Preises führt, wird durch die Bundesnetzagentur bereits infrage gestellt, ohne das neue Preissystem insgesamt zu beanstanden. Die Bundesnetzagentur verlangt dazu von der DB Station & Service AG, eine eisenbahnrechtskonforme Preisbildungssystematik vorzulegen und die damit verbundenen prognostizierten Auswirkungen für die verschiedenen Gruppen von Marktteilnehmern zu erläutern.

Im neu entwickelten Stationspreissystem erfolgt die Zuordnung der Bahnhöfe zu Kategorien nun aufgrund transparenterer Kriterien, welche die beiden Kostentreiber Ausstattung und Nutzung abbilden. Das neue Preissystem zeigt damit deutliche Verbesserungen in Bezug auf Kostenbasiertheit und Transparenz.

Praktische Probleme bei der Prüfung von Preissystemen

75. Die lang dauernden Überprüfungen der Preissysteme durch die Bundesnetzagentur und die ergangenen Bescheide, die lediglich auf die fehlende Nachvollziehbarkeit der Höhe der Entgelte abstellten, verdeutlichen, dass die Möglichkeiten, gegen preisliche Diskriminierung vorzugehen, sehr begrenzt sind. Vor diesem Hintergrund ergeben sich für die Deutsche Bahn AG die bereits dargestellten Spielräume, Preise zum Nachteil der Wettbewerber festzulegen.

76. Praktische Probleme bei der Prüfung von Preissystemen auf Diskriminierung ergeben sich dadurch, dass sich Unterschiede in Preisen nicht allein auf Diskriminierung zurückführen lassen. Entgelte werden dann als diskriminierend bewertet, wenn ohne sachliche Gründe gleiche Sachverhalte ungleich behandelt oder ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden. In der Praxis gestaltet sich der Nachweis des Vorliegens einer dieser beiden Situationen aufgrund der vorliegenden Informationsasymmetrien schwierig. Dies betrifft insbesondere komplexe Preissysteme, die viele verschiedene Produkte unterscheiden, wie das Trassenpreissystem und das Stationspreissystem der Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG.

77. Die Vorschriften der Entgeltregulierung lassen den Betreibern von Eisenbahninfrastruktur viele Freiheiten zur Gestaltung der Preissysteme. Besonders aus den Entgeltgrundsätzen ergeben sich kaum konkrete Vorgaben, sodass es für den Regulierer allein durch die Überprüfung von deren Einhaltung nicht möglich ist, Diskriminierungsmöglichkeiten signifikant einzuschränken. Problematisch ist unter anderem, dass die Regulierung es den Infrastrukturbetreibern ermöglicht, Gemeinkosten den einzelnen Leistungen nach subjektiven Kriterien zuzuordnen. Die Identifizierung von Diskriminierung bei der Zuschlüsselung ist so sehr schwierig. Eine Bestimmung der tatsächlich entstandenen Kosten für alle Zugangsleistungen ist extrem aufwendig und daher nicht zu leisten. Deshalb kann eine Bildung von Referenzpreisen, auf deren Basis eine systematische Abweichung der tatsächlichen Preise zugunsten der Transportschwestern festgestellt und eine Diskriminierungsvermutung abgeleitet werden könnte, nicht erfolgen. Daher überprüft die Regulierungsbehörde nicht die gesamten Zugangspreise, sondern einzelne Komponenten, die an Kostentreiber geknüpft sind. Die Bundesnetzagentur analysiert, ob Entgeltkomponenten durch entsprechende Kostentreiber gerechtfertigt sind. So ist die Behörde beispielsweise im Falle der Regionalfaktoren vorgegangen.

78. Problematisch ist, dass nicht alle Entgeltkomponenten eindeutig bestimmten Kostentreibern zuzuordnen sind. Um den Produktpreis besser auf Diskriminierung überprüfen zu können, müssen sich die Entgeltkomponenten auf materielle Kriterien zurückführen lassen. Im Trassenpreissystem der DB Netz AG sind die Kostenkomponenten auch nach der Abschaffung der Regionalfaktoren nicht ausreichend an überprüfbare Kriterien geknüpft. Beispielsweise lässt sich die grundlegende Komponente der Streckenkategorie auf verschiedene Kostentreiber, wie Art der trassentypischen Verkehrsleistung, infrastrukturelle Ausstattung und Verkehrsaufkommen, zurückführen. Die Fixkosten von Bahnhöfen können noch weniger einer bestimmten Verkehrsleistung zugeordnet werden. Die im neuen Stationspreissystem der DB Station & Service AG festgelegten Bahnhofskategorien vereinen ebenfalls Kriterien, die sich aus der Ausstattung und dem Verkehrsaufkommen ergeben. So kann es sein, dass ein Bahnhof verglichen mit einem anderen Bahnhof einer teureren Preiskategorie zugeordnet wird und ein Zughalt bestimmter Züge damit teurer ist, obwohl der Zughalt an diesem Bahnhof geringere Kosten verursacht.

Um ein Entgeltsystem nachvollziehen zu können, müssen sich die Kostentreiber in den Preiskomponenten konsistent widerspiegeln. Aufgrund der Vermischung von Kostentreibern und unscharf abgegrenzten Kategorien ist eine Überprüfung solch wesentlicher Komponenten nur sehr schwer durchzuführen.

79. Die Überprüfung der bestehenden Preissysteme auf preisliche Diskriminierung ist sehr aufwendig und durch die Regulierungsbehörde nicht in allen Details zu leisten. Am Beispiel der dargestellten Ex-post-Überprüfungen zeigt sich, dass eine vermutete Diskriminierung kaum nachzuweisen ist. Stattdessen können Preise faktisch nur aufgrund fehlender Nachvollziehbarkeit beanstandet werden. Der Nachweis eines generell diskriminierenden Komponentensystems oder der Diskriminierungswirkung einzelner Komponenten, die auf verschiedene, nicht klar abgegrenzte Kostentreiber zurückzuführen sind, ist kaum zu erbringen. Die bestehenden Informationsasymmetrien zulasten der Regulierungsbehörde führen dazu, dass der Behörde im Gegensatz zum integrierten Infrastrukturbetreiber die zugrunde liegenden Kosten einzelner Entgeltkomponenten und auch deren Wettbewerbswirkungen für die Verkehrsmärkte weniger bekannt sind. Durch die Informationsvorteile der Unternehmen ergeben sich vom Regulierer nicht zu erkennende Spielräume zur Diskriminierung. Diese Spielräume sind nach Auffassung der Monopolkommission durchaus erheblich, sodass die Wettbewerbssituation stark beeinflusst werden könnte.

80. Insgesamt lässt sich feststellen, dass es an eindeutigen Vorgaben des Gesetzes fehlt, die den generellen Diskriminierungstatbestand operationalisieren. Die gegenwärtige Rechtslage stellt die Berücksichtigung von Entgeltkomponenten in das Ermessen eines Infrastrukturbetreibers, der dazu neigen könnte, eine fakultative oder aggregierte Berücksichtigung dieser Kriterien zu wählen, die von der Bundesnetzagentur wie auch von Wettbewerbern und Gerichten kaum sinnvoll überprüft werden kann. Um hier die Transparenz zu erhöhen, sollten sich die wesentlichen preisbeeinflussenden Faktoren konsistent im Entgeltsystem widerspiegeln. Im derzeitigen Entgeltregulierungsrahmen bestehen für die Deutsche Bahn AG sowohl Anreize als auch Möglichkeiten, Wettbewerber zu diskriminieren.

2.1.2 Perspektiven der Entgeltregulierung

81. Im Rahmen der gegenwärtigen Kostenzuschlagsregulierung gibt es für die Infrastrukturunternehmen keinen ausreichenden Anreiz, die Höhe ihrer Entgelte oder ihre Kosten zu reduzieren – anders als von der Europäischen Kommission gefordert. Notwendig ist deshalb eine grundsätzliche Änderung des Entgeltregulierungsmodells im Schienenverkehr.

Die dargestellten Zusammenhänge verdeutlichen, dass die integrierte Struktur von Infrastruktur- und Transportgesellschaften den Regulierungsaufwand deutlich erhöht. Allein aufgrund dieser Struktur der Deutschen Bahn AG ist eine regulatorische Kontrolle von preislicher und nicht preislicher Diskriminierung nötig. Die vorangegangenen Abschnitte haben bereits deutlich gemacht, dass nach Auffassung der Monopolkommission eine Trennung der Infrastruktur- und der Verkehrssparte angestrebt werden sollte. In der bestehenden Situation ist die derzeitige Regulierung unzureichend, da das System einige konzeptionelle Schwachstellen aufweist und so weiterhin großes Potenzial zur Wettbewerbsbehinderung besteht. Aus diesem Grund müssen bestehende Probleme der Entgeltregulierung durch eine Veränderung des Regulierungssystems angegangen werden.

2.1.2.1 Die Anreizregulierung für Stations- und Trassenpreise und ihre Beziehung zur Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung

82. Eine Anreizregulierung bietet gegenüber der bestehenden kostenorientierten Entgeltregulierung den deutlichen Vorteil der nachhaltigen Entgeltsenkung in Verbindung mit einer Effizienzsteigerung. Vor dem Hintergrund der integrierten Struktur der Deutschen Bahn AG liegt ein weiterer Vorteil der diskutierten Price-Cap-Regulierung im besseren Schutz vor Diskriminierung.

Nach der derzeitigen Rechtslage ist eine Anreizregulierung der Infrastrukturunternehmen nicht möglich. Die Bundesnetzagentur ist dagegen verpflichtet zu prüfen, ob die angegebenen Kostenpositionen tatsächlich für die Erbringung der Pflichtleistungen angefallen sind. Diese immer wiederkehrende Prüfung ist sehr aufwendig und wenig zielführend, da nicht geprüft werden kann, ob die Kosten eine effiziente Handlungsweise widerspiegeln. Dadurch ergeben sich für die Infrastrukturbetreiber nur geringe Anreize zu Effizienzsteigerungen, wenn diese vom Regulierer bei der Kostenprüfung erkannt werden können und so direkt an die Nutzer weitergegeben werden müssen.[81] So profitieren die Infrastrukturunternehmen nicht von Kostensenkungen, sondern es bestehen im Gegenteil Anreize, identifizierte Ineffizienzen nicht abzubauen und darüber hinaus überhöhte Kosten auszuweisen. Nach derzeitiger Lage werden primär solche Effizienzsteigerungen realisiert, die von der Regulierungsbehörde aufgrund ihrer beschränkten Information auch dauerhaft nicht identifiziert werden können. Diese versteckten Verbesserungen kommen aber weder den Infrastrukturnutzern noch dem Staat als Infrastrukturfinanzierer zugute.

83. Ein Anreizelement zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und Zugangsentgelte wird gemäß Artikel 6 Absatz 2 RL 2001/14/EG vom Unionsrecht gefordert. Dabei lässt Artikel 6 Absatz 3 RL 2001/14/EG den Mitgliedstaaten derzeit die Wahl, ob sie dieses durch vertragliche Vereinbarungen zwischen der zuständigen Behörde und den Infrastrukturbetreibern oder durch geeignete aufsichtsrechtliche Maßnahmen umsetzen. Nach vorherrschender Meinung ist unter den aufsichtsrechtlichen Maßnahmen zur Anreizsetzung eine Anreizregulierung intendiert.[82]

Effizienzsteigerungen durch die Einführung eines Price-Cap-Regulierungssystems

84. Nachdem die Bundesnetzagentur 2008 einen Vorschlag zur Einführung eines Price-Cap-Regulierungssystems für Stations- und Trassenpreise ausgearbeitet hatte,[83] hat die Bundesregierung die Einführung einer Anreizregulierung in ihrem Koalitionsvertrag festgeschrieben.[84] Konkrete Pläne sind bisher allerdings nicht bekannt.[85] So

[81] Aufgrund der vertikal integrierten Struktur der Deutschen Bahn AG bestehen aus Konzernsicht gewisse Anreize zur Effizienzsteigerung der Infrastruktur dadurch, dass diese an die eigenen Transportunternehmen weitergegeben werden können, die dadurch ihre Position im intermodalen Wettbewerb verbessern können; vgl. Tz. 25. Dem stehen im gegenwärtigen Regulierungsrahmen Anreize zu produktiven Ineffizienzen gegenüber (Averch-Johnson-Effekt). Diese Anreizverzerrung ergibt sich durch die regulatorische Renditebeschränkung, die am eingesetzten Kapital bemessen wird. So kann es sinnvoll sein, eine ineffizient hohe Menge Kapital einzusetzen. Die von der integrierten Struktur ausgehende Anreizwirkung wird nicht durch die kostenbasierte Regulierung erzielt, sondern lediglich nicht eliminiert und durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung nicht beeinflusst. In den folgenden Ausführungen, die sich mit den Effekten dieser beiden Instrumente beschäftigen, werden diese Anreize daher nicht explizit betrachtet.

[82] Auch wenn im Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets die explizite Wahlmöglichkeit entfällt, besteht die Möglichkeit, im nationalen Recht aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu verankern; vgl. Abschnitt 2.1.2.2.

[83] Vgl. BNetzA, Abschlussbericht der Bundesnetzagentur zur Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor, rev. Fassung, 26. Mai 2008, S. 74 ff.

[84] „Unter anderem müssen [...] die Trassen- und Stationspreise einer Anreizregulierung unterworfen werden.“; vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, a. a. O., S. 38.

[85] Auf eine konkrete Anfrage der Monopolkommission an das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zu diesem Thema konnten keine weiterführenden Angaben gemacht werden.

ist weiterhin unklar, inwieweit das von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene System umgesetzt werden wird und ob es im Zuge dessen eine Neustrukturierung der Entgelte geben wird, um preisliche Diskriminierungspotenziale einzuschränken und der Bundesnetzagentur die Prüfung der Preissysteme zu erleichtern.

85. Der Vorschlag der Bundesnetzagentur zur Einführung von Anreizelementen in das Entgeltregulierungssystem sieht eine neu zu gestaltende Preisobergrenzenregulierung (Price-Cap-Regulierung) für die Eisenbahninfrastruktur vor. Bei dieser Regulierung wird für die mehrjährige Regulierungsperiode ex ante eine Preisobergrenze festgelegt. Über den Verlauf der Regulierungsperiode wird die Preisobergrenze nach vorher definierten Regeln verändert. Diese Änderung setzt sich aus der Inflationsrate und einer festgelegten Produktivitätssteigerungsrate zusammen. Ein signifikanter Unterschied der Anreizregulierung gegenüber dem bestehenden System besteht in dem Ex-ante-Ansatz, aufgrund dessen die festgesetzte, dynamische Preisobergrenze für die gesamte Regulierungsperiode gültig bleibt.

86. Die preisbasierte Regulierung hat gegenüber der bestehenden vergangenheitsbezogenen kostenbasierten Regulierung, bei der das regulierte Unternehmen jedes Jahr die Kosten (zuzüglich einer Rendite) einpreisen darf, allgemein den Vorteil, dass das regulierte Unternehmen einen sehr viel höheren Anreiz hat, die eigenen Kosten zu senken.[86] Denn offenbarte Effizienzsteigerungen werden bis zur Neufestsetzung der Preisbeschränkung in der Regulierung nicht berücksichtigt und dürfen so dem Unternehmensgewinn zugeführt werden. Mit Beginn der nächsten Regulierungsperiode werden diese Effizienzgewinne dann an den Nachfrager weitergegeben. Zusätzlich findet durch den Effizienzfaktor bereits über die Laufzeit einer Periode eine Preisanpassung statt.[87]

Die Bundesnetzagentur hat vorgesehen, die Laufzeit der Anreizregulierung mit der der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung zu synchronisieren und so ebenfalls auf fünf Jahre festzulegen. So können die Variablen der Price-Cap-Regulierung auf Basis von für die Regulierungsperiode festen und kalkulierbaren Förderungsbeträgen aus der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ermittelt werden.

87. Neben dem deutlichen Vorteil der nachhaltigen Entgeltsenkung in Verbindung mit einer Effizienzsteigerung bietet die Price-Cap-Regulierung, wie sie von der Netzagentur vorgeschlagen wurde, vor dem Hintergrund der integrierten Struktur der Deutschen Bahn AG einen besseren Schutz vor Diskriminierung. Dies wird durch die Einrichtung von verschiedenen Warenkörben erreicht.

Mit der Einführung einer Price-Cap-Regulierung muss darüber entschieden werden, welche Leistungen zusammengefasst werden. Für die in einem Korb aggregierten Leistungen wird jeweils ein eigener Price Cap festgelegt.[88] Die Differenzierung verschiedener Leistungskörbe schließt eine diskriminierende Kostenzuschlüsselung zwischen den abzugrenzenden Körben grundsätzlich aus. So kann das integrierte Eisenbahnunternehmen die Wettbewerber der eigenen Gesellschaften auf den nachgelagerten Märkten nicht dadurch diskriminieren, dass die Entgelte für Leistungen bestimmter Körbe überhöht (und andere zu niedrig) gesetzt werden. Durch die Korbbildung werden im Rahmen der Preisbildung klarere Vorgaben zur Entgeltfestsetzung geschaffen und den Infrastrukturunternehmen gleichzeitig unternehmerische Freiheiten zur Preissetzung gelassen. Durch die Einschränkung preislicher Diskriminierungsmöglichkeiten wird zudem die Planungssicherheit in Bezug auf zukünftig zu erwartende Entgelte erhöht.

Für Leistungen, die in einem Korb zusammengefasst werden, bleiben preisliche Diskriminierungsmöglichkeiten jedoch auch im Rahmen einer Anreizregulierung bestehen. Der Gesetzgeber sollte deshalb auch die gesetzlichen Vorgaben zur Strukturierung der Entgelte überarbeiten

[86] Unter Kostensenkung ist in diesem Zusammenhang immer die Senkung der Kosten zur Erstellung einer bestimmten Leistung und damit einhergehend eine Effizienzsteigerung zu verstehen. Gegen die Einführung einer Anreizregulierung wird teilweise vorgebracht, dass die Deutsche Bahn AG in den vergangenen Jahren bereits starke Kostensenkungen durchgeführt hat. Diese Kosteneinsparungen gingen offensichtlich mit Leistungsverringerungen einher und waren daher nicht mit Effizienzsteigerungen verbunden.

[87] Gegen die Einführung einer Anreizregulierung im Bahnsektor wird teilweise argumentiert, dass diese eher wenig geeignet ist, Investitionen ins Netz zu fördern. Daher sei beispielsweise die Anreizregulierung der englischen Energienetze abgelöst worden. Die Monopolkommission stimmt damit überein, dass es Gründe gibt anzunehmen, dass eine unreflektiert angewandte Anreizregulierung nicht sehr förderlich für das Investitionsklima ist. So können Neuinvestitionen verzögert werden; vgl. Brunekreeft G., Borrmann, J., The Effect of Monopoly Regulation on the Timing of Investment“, Bremen Energy Working Papers, No. 1, February 2010. Allerdings sind diese Effekte beispielsweise im Energiesektor in England im Verhältnis zu den induzierten Effizienzsteigerungen vergleichsweise gering und können durch eine geeignete Ausgestaltung der Anreizregulierung vermieden werden. Daher wird das bestehende System für englische Energienetze lediglich modifiziert, jedoch nicht abgelöst, auch da die Anreizregulierung sich als sehr gutes Instrument zur Steigerung der Effizienz erwiesen hat. In Deutschland werden Investitionen in die Eisenbahninfrastruktur erheblich durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung und die Bundesverkehrswegeplanung gesteuert. Aus diesen Gründen sieht die Monopolkommission mögliche negative Auswirkungen der Einführung einer geeigneten Anreizregulierung in Verbindung mit den bestehenden Instrumenten zur Investitionssteuerung als vernachlässigbar an.

[88] Vgl. Abschnitt 2.1.2.3. Mit der Einrichtung der Warenkörbe ist die Frage nach dem Aggregationsniveau verbunden. Aus dem Preiskalkül gemäß Ramsey folgt, dass die preiselastizitätsorientierten Aufschläge auf die Grenzkosten umso effizienter erfolgen können, je größer die Freiheiten der Unternehmen dabei sind. Dies spräche für eine geringe Anzahl von Körben. Allerdings entspricht das Optimierungskalkül eines vertikal integrierten Unternehmens nicht dem Kalkül der Preisbildung nach Ramsey, da Anreize bestehen, Preise zugunsten der eigenen Transportgesellschaften zu setzen. So geben wenige Körbe dem integrierten regulierten Unternehmen die Möglichkeit, innerhalb dieser Körbe die Preisstruktur so zu gestalten, dass auf den nachgelagerten Märkten die Wettbewerber der eigenen Gesellschaften diskriminiert werden. Um dieses Missbrauchspotenzial einzuschränken, sieht der Vorschlag der Bundesnetzagentur mindestens sechs verschiedene Körbe vor. Vorgesehen sind verschiedene Körbe mit den entsprechenden Produktgruppen für Trassen des Personennahverkehrs, Trassen des Personenfernverkehrs, Trassen des Güterverkehrs, Leistungen von Personenbahnhöfen, Leistungen der Serviceeinrichtungen für den Güterverkehr und Leistungen sonstiger Serviceeinrichtungen.

und einfache Regeln aufstellen, die der Bundesnetzagentur die Überprüfung der Entgeltsysteme erleichtern.[89]

88. Das Instrument der Price-Cap-Regulierung setzt also Anreize für Effizienzsteigerungen und sorgt gleichzeitig dafür, dass die Effizienzsteigerungen langfristig den Nutzern der Eisenbahninfrastruktur, d. h. den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Aufgabenträgern, zugutekommen. Insbesondere aufgrund der bestehenden Marktstruktur, die durch die stark dominierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturgesellschaften der Deutschen Bahn AG gekennzeichnet ist, ist die Einführung einer Anreizregulierung in Verbindung mit verschiedenen Leistungskörben aus volkswirtschaftlicher Perspektive erforderlich. Die Monopolkommission hat sich daher bereits im letzten Sondergutachten zum Eisenbahnsektor für die Einführung einer Anreizregulierung ausgesprochen[90] und mahnt an, deren im Koalitionsvertrag angekündigte Einführung zeitnah durch entsprechende Gesetzesänderungen umzusetzen.

Die Beziehung der Anreizregulierung zur Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung

89. Gegen die Einführung einer Anreizregulierung wird wiederholt das Argument angeführt, diese sei aufgrund der aktuellen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) obsolet oder sogar kontraproduktiv. Die Monopolkommission stellt dagegen fest, dass die langjährige Festlegung der staatlichen Finanzierungsmittel im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung solange keinen echten Anreiz zur Effizienzsteigerung liefern kann, wie die Infrastrukturbetreiber alle Kosten, die nicht durch staatliche Zuwendungen gedeckt sind, auf die Entgelte umlegen können. So ist die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung in Verbindung mit einer kostenbasierten Regulierung kein Instrument zur Effizienzsteigerung bzw. Kostensenkung und kann nicht zu einer Stabilisierung oder gar Senkung der Infrastrukturentgelte führen.

90. Zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen, flächendeckenden und finanziell tragbaren Eisenbahnsystems in Deutschland wurde mit der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung 2009 ein Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes über die Instandhaltung der Eisenbahninfrastruktur der Unternehmen geschlossen. Durch die zunächst bis 2013 laufende Vereinbarung wurden die Konditionen für den Finanzierungsbeitrag, den der Bund zur Erhaltung der bestehenden Infrastruktur zahlt, neu geregelt. Neu- und Ausbauten sind nicht Gegenstand des Vertrags.[91] Der Bund hat sich damit verpflichtet, für Ersatzinvestitionen Zahlungen in Höhe von 2,5 Mrd. Euro jährlich zu leisten. Die Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG stellen jährlich mindestens 500 Mio. Euro an Eigenmitteln für die Erhaltung und Modernisierung des Bestandsnetzes bereit (Ersatzinvestitionen).[92] Außerdem investieren die Unternehmen mindestens 2,5 Mrd. Euro jährlich in die Infrastruktur und halten sie in einem uneingeschränkt nutzbaren Zustand. Dieser Zustand bestimmt sich anhand von Qualitätskennzahlen hinsichtlich des Zustands der Schienenwege, der Qualität der Verkehrsstationen mit ihren Anlagen und der Versorgungssicherheit durch Bahnenergie. Der Vertrag wird nach Ende der Laufzeit neu verhandelt. Die Hauptaufgabe dieses Vertrags zur staatlichen Finanzierung der bundeseigenen Infrastruktur ist die Sicherstellung der langfristigen Stabilität der Finanzierung und der staatlichen Anforderungen an die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes. Diese Grundidee ist durchaus zu begrüßen.[93]

91. Im Rahmen der Argumentation, die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung könne angeblich eine Anreizregulierung substituieren, wird dargestellt, dass die Infrastruktur nicht rentabel zu betreiben sei und die Leistungs-

[89] Für die Wirksamkeit der Anreizregulierung ist die Methode zur Bemessung der Price Caps von zentraler Bedeutung. Dazu sind Vorgaben vergleichbar den bestehenden Entgeltgrundsätzen und dem Entgeltmaßstab erforderlich. Der Abschlussbericht der Bundesnetzagentur enthält keine konkreten Vorschläge. Zur Bestimmung des Price Caps muss festgelegt werden, welche Kosten des Infrastrukturbetreibers zu berücksichtigen sind. Der derzeit verfolgte Vollkostenansatz würde dazu führen, dass in der ersten Regulierungsperiode alle anfallenden Kosten erfasst würden. Der in anderen Netzindustrien vorherrschende Ansatz der Berücksichtigung der Kosten der effizienten Leistungserstellung würde dagegen verhindern, dass durch Ineffizienzen verursachte Kosten eingepreist werden. Allerdings fordert diese Regelung von den regulierten Unternehmen mit Einführung der Anreizregulierung unverzüglich ein subjektiv effizientes Kostenniveau, während die Idee der Anreizregulierung darin besteht, die Unternehmen dazu zu bringen, selbst die Effizienz zu steigern. Daher hat sich die Monopolkommission für eine schrittweise Anpassung ausgesprochen; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 231. Neben dem Ex-ante-Ansatz besteht ein weiterer signifikanter Unterschied zwischen Anreizregulierung und bestehendem System in der Festsetzung einer Preisobergrenze, vergleichbar dem derzeitigen Entgeltmaßstab, für jeden Leistungskorb. Dadurch muss die Regulierungsbehörde die Infrastrukturkosten auf die jeweiligen Produktgruppen umlegen. Die geeignete Zuschlüsselung der Gemeinkosten erfordert von der Bundesnetzagentur ein tiefgehendes Verständnis der vorliegenden Kostenstrukturen. Dieses Wissen aufzubauen, wird einerseits einige Ressourcen benötigen, aber dann nicht nur für die Anreizregulierung nötig sein, andererseits aber die Möglichkeiten der Behörde erweitern, preisliche Diskriminierung zu erkennen und unterbinden.

[90] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 5.3.1.

[91] Für Neu- und Ausbauinvestitionen existiert mit der Bundesverkehrswegeplanung bereits seit Längerem ein definierter Planungs- und Entscheidungsablauf. Dieser beinhaltet unter anderem Kosten-Nutzen-Analysen und darauf aufbauend die Bewertung und Reihung von Projekten.

[92] Zusätzlich verpflichtet sich die Deutsche Bahn AG, mindestens 1 Mrd. Euro (im Jahr 2009 stattdessen einmalig 1,25 Mrd. Euro) für die Infrastrukturinstandhaltung auszugeben. Es wird also zwischen Instandhaltung und Ersatzinvestitionen unterschieden, die beide der Aufrechterhaltung der physischen Infrastruktur dienen und unter dem Begriff Infrastrukturerhalt zusammengefasst werden können.

[93] Der derzeitige Vertrag weist allerdings einige Defizite auf, sodass der Infrastrukturerhalt nicht ausreichend gesichert scheint. Eine ausführliche Analyse der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung liefern beispielsweise Mitusch, K./Beckers, T./Brenck, A., Die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zwischen Bund und DB AG und ihre Beziehung zur Anreizregulierung, Gutachten im Auftrag des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, 3. November 2008.

und Finanzierungsvereinbarung daher hinreichend Anreize zur effizienten Leistungserstellung und damit zur Senkung der Entgelte schaffe. Eine Anreizregulierung könne die bereits durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung festgelegten Qualitäts- und Kostenziele nicht weiter verbessern. Die Monopolkommission stimmt mit dieser Argumentation dahingehend überein, dass die Einnahmen aus staatlicher Finanzierung und Entgelten mindestens für die Schienenwege in der Vergangenheit keine angemessene Verzinsung des von der Deutschen Bahn AG eingesetzten Kapitals erlaubt haben. Solange der Infrastrukturbetreiber die ihm gesetzlich zugestandene marktübliche Rendite noch nicht erreicht hatte, boten die in den Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen begrenzten Zuflüsse gewisse Anreize zur Verbesserung des Ergebnisses.[94] Dies könnte durch eine Absenkung der Qualität, eine Erhöhung der Zugangsentgelte, eine stärkere Auslastung des Netzes oder eine Steigerung bei der Effizienz des Betriebs der Infrastruktur erfolgen. Unter der Annahme, dass die in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung festgelegten Qualitätskennzahlen eine Absenkung der Qualität verhindern können, die Nachfrage ausgeschöpft ist und die Entgelte unter dem vorliegenden Regulierungsregime bereits gewinnmaximal gewählt sind, bestehen, solange die Rentabilität das vorgegebene Maß nicht erreicht, Anreize zur Effizienzsteigerung. Darüber hinaus endet jedoch der Anreiz zur effizienten Bewirtschaftung.

92. Die Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG haben ihre Rentabilität in jüngster Vergangenheit erheblich gesteigert und verfolgen laut Zeitungsangaben das Ziel, diese Rentabilität langfristig mindestens zu halten.[95] Es ist daher mehr als fraglich, ob die Rentabilität der Infrastruktur in Zukunft (auch unter einer neuen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung) dauerhaft unterhalb eines marktüblichen Niveaus bleiben wird. Vor dem Hintergrund der derzeitigen Finanzierungslage und der zukünftigen Erwartungen des Konzerns ist die obige Argumentation nicht länger angebracht.

93. Erreicht der Infrastrukturbetreiber unter Einhaltung der in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung festgelegten Kennziffern die ihm im Rahmen der kostenbasierten Regulierung zugestandene Rendite, so werden durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung allein keinerlei Anreize zur Steigerung der Effizienz oder gar Senkung der Entgelte gesetzt, da Kosten über die Zugangsentgelte vollständig weitergegeben werden können. Zwar beinhaltet die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung formal den „Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung“, allerdings ist es aufgrund der Informationsasymmetrie praktisch nicht möglich, die Angemessenheit der Kosten zu überprüfen. Außerdem ist es den Infrastrukturunternehmen, wie in den Abschnitten 2.1.1.1 und 2.1.1.2 dargestellt, nach § 14 Absatz 4 AEG explizit möglich, die Entgelte so zu bemessen, dass die entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite ausgeglichen werden. Die Höhe der Kosten kann dabei nicht als ineffizient beanstandet werden.

Die langjährige Festlegung der staatlichen Finanzierungsmittel kann also keinen echten Anreiz zur Kostensenkung liefern, da die Infrastrukturbetreiber alle Kosten, die nicht durch staatliche Zuwendungen gedeckt sind, auf die Entgelte umlegen können. So ist die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung in Verbindung mit einer kostenbasierten Regulierung kein Instrument zur nachhaltigen Effizienzsteigerung.

94. Neben fehlenden konkreten Mitteln zur Setzung von Effizienzanreizen verfügt die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung über keinerlei Mechanismus, der eine Entgeltsenkung bewirken könnte. Auch wenn der Entgeltmaßstab einschließlich der marktüblichen Rendite nicht ausgeschöpft ist, hat der Infrastrukturbetreiber weder Anreiz noch Verpflichtung, Kosteneinsparungen durch eine Senkung der Zugangsentgelte an die Eisenbahnverkehrsunternehmen weiterzugeben. So ist der in der Präambel der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung beschriebene Zusammenhang, die Begrenzung der Zuwendungen auf einen jährlichen, real sinkenden Infrastrukturbeitrag bei vertraglich definierten Qualitätsanforderungen schaffe Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte, faktisch nicht gegeben. Die real sinkenden Zuwendungen des Bundes könnten im Gegenteil als Rechtfertigung für steigende Zugangsentgelte dienen.

95. Entgegen der teilweise geäußerten Meinung, dass die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung eine Anreizregulierung entbehrlich macht, ergänzen sich diese beiden Instrumente. Eine langfristig stabile und effizient ausgestaltete Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung schafft durch die vereinbarte Infrastrukturqualität und staatliche gesicherte Finanzierung belastbare Rahmenbedingungen für die Einführung einer Anreizregulierung. Die Stabilität der Finanzierung durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung und die langfristigen Preisobergrenzen der Anreizregulierung schaffen langfristige Planungssicherheit. So erzeugt die Price-Cap-Regulierung Anreize zur effizienten Bewirtschaftung der qualitativ gesicherten Infrastruktur und damit auch zur effizienten Verwendung der LuFV-Mittel.[96]

96. Zusammenfassend ist nachdrücklich festzustellen, dass die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung nicht geeignet ist, alleine die Qualität der Infrastruktur sicherzustellen und Anreize zur Effizienzsteigerung zu schaf-

[94] Eine gesetzliche Renditeobergrenze existiert derzeit nur für das Schienennetz. Für Serviceeinrichtungen liegen die dargestellten Anreize also immer vor, da die Rendite in jedem Fall gesteigert werden darf.

[95] Vgl. Tz. 46 ff.

[96] Die Anreizregulierung sollte sich allgemein auf alle Aktivitäten der Infrastrukturunternehmen beziehen, d. h. nicht nur auf den operativen Betrieb, sondern auch auf die Infrastrukturinstandhaltung und Ersatzinvestitionen. So sollte eine Anreizregulierung auch mit einer Qualitätsregulierung verbunden sein, damit sich die Anreize zur Kostensenkung nicht in einem Qualitätsverfall auswirken. Im Rahmen der Anreizregulierung können aufbauend auf den in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung fixierten Basiskriterien komplexere und dynamische Qualitätskriterien (z. B. zur Kapazität) flexibler verwendet werden als in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung.

fen. So kann auch der aus ökonomischer Sicht grundlegende Zweck der Finanzierung durch den Bund, die Infrastrukturentgelte zu begrenzen, nicht erreicht werden. Es wird weder ein langfristig effizienter Mitteleinsatz sichergestellt noch wird gewährleistet, dass tatsächlich gehobene Effizienzpotenziale den Kunden und dem Staat zugutekommen. Die europarechtliche Anforderung nach Artikel 6 Absatz 2 RL 2001/14/EG, durch ein Anreizelement sowohl eine Senkung der Kosten als auch der Zugangsentgelte zu erreichen, kann daher nach Auffassung der Monopolkommission auf Dauer nur durch die Ergänzung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung um eine Anreizregulierung erreicht werden. Hinzu kommt, dass eine Anreizregulierung wie dargelegt die Möglichkeiten zur Einschränkung von Diskriminierungspotenzial bietet. Dies kann eine vertragliche Vereinbarung wie die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung nicht leisten.

2.1.2.2 Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets

97. Im September 2010 hat die Europäische Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag zur Neufassung des sog. ersten Eisenbahnpakets vorgenommen.[97] Ziel des europäischen Eisenbahnrechtsrahmens allgemein und der Neufassung des ersten Pakets im Speziellen ist insbesondere die Schaffung eines funktionierenden Binnenmarktes und die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Verkehrsträgers Schiene. Zentral dafür ist die Schaffung diskriminierungsfreien Wettbewerbs.

98. Der derzeitige europäische Rechtsrahmen besteht aus sog. Eisenbahnpaketen, die zum Teil aufeinander aufbauen.[98] Durch die Richtlinie 2004/51/EG sind der Güterverkehr und durch die Richtlinie 2007/58/EG der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr EU-weit liberalisiert. Dagegen ist der nationale Schienenpersonenverkehr von der europaweiten Liberalisierung bisher weitgehend ausgenommen. Allerdings existieren in Mitgliedstaaten, darunter auch in Deutschland, teilweise nationale Regelungen zur Marktöffnung.

99. Seit der Verabschiedung der Richtlinie 91/440/EWG und der diese präzisierenden und erweiternden Richtlinien 2001/12/EG bis 2001/14/EG, die das erste Eisenbahnpaket bilden,[99] haben sich die Marktöffnungen und Wettbewerbssituationen in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich entwickelt. Deutlich wird dies nicht zuletzt durch die eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren. Die in den vergangenen Jahren beobachtbare Entwicklung legt nahe, bestehende Regeln zu konsolidieren. Im September 2010 wurde dementsprechend der Entwurf einer Richtlinie vorgestellt, mit der die Europäische Kommission die bisherigen Eisenbahnrichtlinien des ersten Pakets überarbeiten will. Die Neufassung (Recast) stellt nach Darstellung der Europäischen Kommission hauptsächlich eine Vereinfachung und Konsolidierung der Rechtsetzung dar und soll bestehende Unzulänglichkeiten, Unklarheiten und Lücken beseitigen. Die Neufassung des ersten Eisenbahnpakets wird allgemein als wichtiger weiterer Schritt zur Integration der Eisenbahnsektoren der Mitgliedstaaten und zur Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit der Eisenbahn gegenüber anderen Verkehrsträgern gesehen. Hauptprobleme, die mit dem Recast adressiert werden sollen, sind zu geringer Wettbewerb, unzulängliche Regulierungsaufsicht und geringe öffentliche und private Investitionen. Die wichtigsten Änderungen betreffen die Vorgaben zur Entgeltbildung, die Zugangsgewährung bei Serviceeinrichtungen sowie Kompetenzen und Stellung der nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission.

Veränderungen der Entgeltregulierung im Entwurf der Europäischen Kommission

100. In Bezug auf die Entgeltregulierung sind insbesondere zwei Änderungen interessant. Zum einen wird die Orientierung an den Grenzkosten in den Entgeltgrundsätzen präzisiert. Zum Zweiten sollen Finanzierungsverträge zwischen den staatlichen Institutionen und den Infrastrukturbetreibern zur Regelung der Infrastrukturinvestitionen zukünftig verpflichtend sein.

101. Die Entgeltgrundsätze des bestehenden Unionsrechts bauen nach Artikel 7 Absatz 3 RL 2001/14/EG auf einem Basisentgelt auf, das sich auf Grundlage der Grenzkosten des Zugbetriebs berechnet. Neben verschiedenen Aufschlägen kann ein Mitgliedstaat den Infrastrukturbetreibern gemäß Artikel 8 Absatz 1 RL 2001/14/EG zudem erlauben, unter gewissen Einschränkungen einen Vollkostenaufschlag zu erheben, wie es in Deutschland der Fall ist. Der Recast sieht nun insbesondere präzisere Vorgaben für die Zuordnung der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten (Grenzkosten) des beste-

---

[97] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), KOM(2010) 475 endgültig, Brüssel, 17. September 2010.

[98] Das erste Eisenbahnpaket von 2001 umfasst die Richtlinie zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen (RL 2001/12/EG), die Richtlinie über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen (RL 2001/13/EG) und die Richtlinie über die Zuweisung von Fahrwegkapazität und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung der Infrastruktur (RL 2001/14/EG). Das zweite Eisenbahnpaket von 2004 umfasst die Richtlinie über die Eisenbahnsicherheit (RL 2004/49/EG), die Richtlinie über die Interoperabilität des transeuropäischen Eisenbahnsystems (RL 2004/50/EG), die Richtlinie über die Öffnung der europäischen Schienengüterverkehrsmärkte (RL 2004/51/EG) und die Verordnung über die Einrichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur (VO 881/2004). Das dritte Eisenbahnpaket von 2007 schließlich umfasst die Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste (VO 1370/2007), die Verordnung über die Rechte und Pflichten von Fahrgästen im Eisenbahnverkehr (VO 1371/2007), die Richtlinie über die Öffnung des grenzüberschreitenden Schienenpersonenverkehrs (RL 2007/58/EG) und die Richtlinie über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern („europäischer Lokführerschein“) (RL 2007/59/EG).

[99] Das vorrangige Ziel des ersten Eisenbahnpakets war die Schaffung einer Grundlage für Marktöffnung und Wettbewerb im Bereich der Schienendienste. Mit den Bestimmungen des Pakets sollte in erster Linie die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers von den Eisenbahnunternehmen gewährleistet, für eine diskriminierungsfreie Erhebung von Wegeentgelten gesorgt und eine Regulierungsstelle eingerichtet werden, die Wettbewerbshindernisse beim Zugang zur Schieneninfrastruktur ausräumt. Die Mitgliedstaaten mussten diese Richtlinien bis zum 15. März 2003 umsetzen.

henden Artikel 7 Absatz 3 RL 2001/14/EG vor. Diese Vorgaben finden sich in Artikel 31 und Anhang VIII des Richtlinienvorschlags. Die relevanten Vorgaben beziehen sich auf die Anforderungen an Kosten und Entgelte (Anhang VIII Nr. 1), die Ausnahmen von Entgeltgrundsätzen (Anhang VIII Nr. 3) und die Entgeltermäßigung bei ETCS-Ausstattung[100] (Anhang VIII Nr. 5).

102. Grundsätzlich dürfen die Infrastrukturbetreiber weiterhin nur Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, bei der Erhebung von Entgelten berücksichtigen. Die Orientierung an den Grenzkosten wird in den Entgeltgrundsätzen des Unionsrechts damit beibehalten. Ausdrücklich ist nun spezifiziert, welche Kostenkategorien nicht hierunter fallen, z. B. die das gesamte Netz betreffenden Gemeinkosten und Kapitalkosten (Artikel 31 Absatz 3; Anhang VIII Nr. 1). Falls die unmittelbar anfallenden Kosten des Zugbetriebs 35 Prozent der relevanten Durchschnittskosten übersteigen, muss dies gegenüber der Regulierungsbehörde begründet werden.

Wenn der Markt es tragen kann, dürfen jedoch als Ausnahme von diesem Grundsatz gemäß Artikel 32 Absatz 1 weiterhin Aufschläge erhoben werden, um eine volle Deckung der dem Infrastrukturbetreiber entstehenden Kosten zu erreichen. Dabei dürfen die Aufschläge nicht dazu führen, dass Marktsegmente, welche die direkten Kosten zuzüglich eines Gewinnaufschlags tragen können, von der Nutzung ausgeschlossen werden. Dazu werden nun in Anhang VIII Nr. 3 erstmals explizit Marktsegmente vorgegeben, die von den Regulierungsbehörden weiter untergliedert werden können. Der Infrastrukturbetreiber muss der Behörde nun begründen, dass die Voraussetzungen für Aufschläge vorliegen. Knappheitszuschläge bleiben gemäß Artikel 31 Absatz 4 möglich.

Neu ist des Weiteren die in Anhang VIII Nr. 5 festgelegte befristete Entgeltermäßigung für mit dem europäischen Zugsteuerungssystem ECTS ausgestattete Züge. Außerdem muss nach Artikel 31 Absatz 5 eine Anlastung der Lärmkosten des Eisenbahnverkehrs erfolgen, sobald eine Anlastung der Kosten von Lärm im Straßengüterverkehr erlaubt ist.

103. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Ermäßigung für mit ETCS ausgestattete Züge in Form einer Gemeinkostenkürzung erfolgt, obwohl in Anhang VIII Nr. 1 ein Gemeinkostenzuschlag ausgeschlossen ist. Außerdem widerspricht die zwingende Internalisierung der Lärmkosten im Eisenbahnverkehr nach Auffassung der Monopolkommission dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Verkehrsträgern, wenn diese Internalisierung im Straßenverkehr erfolgen kann, aber nicht zwingend ist.

104. Bei den Vorschriften zur Kostenzuordnung handelt es sich größtenteils um eine Präzisierung bestehender Normen im Hinblick auf die europäische Harmonisierung. Dabei verfolgt die EU-Kommission insbesondere das Ziel, die Formulierungen gerichtsfest zu gestalten. In den bestehenden Richtlinien existiert viel Spielraum für Interpretationen. Dieser wird in den laufenden Vertragsverletzungsverfahren durch die Mitgliedstaaten genutzt. Allerdings ist auch in Bezug auf den Recast unklar, ob beispielsweise eine Berücksichtigung von Kosten über die Grenzkosten hinaus, wie der in Deutschland verfolgte Vollkostenansatz, weiterhin möglich bleibt. Insgesamt ist die Kostenzuschlüsselung als Grenzkosten plus Aufschläge etwas klarer dargestellt. Allerdings besteht weiterhin das Spannungsverhältnis zwischen Vollkostenmaßstab und einer nach den normativen Entgeltgrundsätzen möglichen Kostenunterdeckung, da der Entgeltmaßstab im Wesentlichen unverändert bleibt.[101]

105. Gemäß Artikel 6 Absatz 3 RL 2001/14/EG besteht für die Mitgliedstaaten derzeit ein Wahlrecht, ob sie Infrastrukturbetreibern durch vertragliche Vereinbarungen, welche die staatliche Finanzierung regeln, oder geeignete aufsichtsrechtliche Maßnahmen Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Entgelte geben.[102] Dieses Wahlrecht soll zukünftig entfallen und der Entwurf konzentriert sich zur Schaffung von Effizienzanreizen nur auf vertragliche Vereinbarungen. Nach Artikel 30 Absatz 2 des Recast müssen Finanzierungsverträge zwischen den staatlichen Finanzinstitutionen und dem Infrastrukturbetreiber zukünftig verpflichtend geschlossen werden. Zusätzlich wird die Mindestlaufzeit dieser Finanzierungsverträge auf fünf Jahre ausgeweitet. Der neu eingeführte Anhang VII führt Grundsätze und Eckdaten solcher Vereinbarungen auf. Nach Artikel 30 Absatz 3 sollen nun die nationalen Regulierungsbehörden in die Prüfung und Beurteilung der Finanzierungsvereinbarungen mit einbezogen werden.

106. Die Monopolkommission hält es für problematisch, dass die Regulierungsbehörden damit Einfluss auf die Investitionsentscheidungen und auf die Bewertung der Ziele und Kriterien der Finanzierungsverträge erhalten. So werden die Kompetenzen des Regulierers auf die einer Investitionskontrollinstanz erweitert.

107. Durch Vertragsvereinbarung zwischen den Mitgliedstaaten und dem Infrastrukturbetreiber über die staatliche Finanzierung können nach Auffassung der Monopolkommission keine nachhaltigen Anreize zur Effizienzsteigerung und Entgeltsenkung gesetzt werden[103]. Vor diesem Hintergrund ist zwar die Streichung des bestehenden Wahlrechts, das eine substitutive Beziehung zwischen einer Anreizregulierung und vertraglichen Bezie-

[100] Das europäische Zugsteuerungssystem ECTS (European Train Control System) bildet zusammen mit dem Bahnmobilfunksystem GSM-R (Global System für Mobile Communication – Railway) das europäische Eisenbahnverkehrsleitsystem ERTMS (European Rail Traffic Management System), welches die Zugsicherung und Zugsteuerung europaweit vereinheitlichen soll. Ziel ist es insbesondere, den grenzüberschreitenden Zugverkehr zu erleichtern, da ein Triebfahrzeugaustausch entfällt, und Trassenkapazitäten effizienter zu nutzen.

[101] Der bestehende Artikel 6 RL 2001/14/EG wird im Recast in zwei neue Artikel aufgeteilt und leicht modifiziert. Der neue Artikel 8 Absatz 4 ersetzt dabei kaum verändert Artikel 6 Absatz 1 RL 2001/14/EG, während Artikel 30 nun Verträge zwischen zuständigen Behörden und Infrastrukturbetreibern betrifft und damit Artikel 6 Absatz 2 bis 5 RL 2001/14/EG ersetzen soll.

[102] Vgl. Tz. 55.

[103] Vgl. Tz. 89 ff.

hungen suggeriert, zu begrüßen. Jedoch erschwert die vollständige Streichung der expliziten Möglichkeit, „geeignete aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ zu ergreifen, die Durchsetzung von Effizienzsteigerungen, Qualitätsverbesserungen und Entgeltsenkungen, auch wenn die vorgesehene Verpflichtung zu einer fünfjährigen Vertragsvereinbarung Planungssicherheit bei allen Beteiligten schafft. Angesichts der Bedeutung effizienzorientierter Entgelte für den Wettbewerb sollte ein Effizienzmaßstab durch klare gesetzliche Vorgaben der Entgeltregulierung sichergestellt werden.

108. Die Verpflichtung zum Abschluss von Verträgen schwächt darüber hinaus massiv die Verhandlungsposition des Staates. Da die Mitgliedstaaten diese Verträge schließen müssen, können die Infrastrukturbetreiber in den Vertragsverhandlungen mit deren Scheitern drohen, wenn ihre eigenen Vorstellungen nicht erfüllt werden. Aufgrund des bestehenden Wahlrechts haben die Mitgliedstaaten derzeit die Möglichkeit, stattdessen aufsichtsrechtliche Maßnahmen zum Nachteil der Infrastrukturbetreiber einzuführen. Entfällt diese Option, wird die Position der Infrastrukturbetreiber gegenüber den Staaten deutlich gestärkt. Eine Regelung nur über Verträge ist außerdem intransparent und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. In Deutschland ist eine Regelung über Verträge aufgrund der Vielzahl von Eisenbahnstrukturunternehmen zudem nicht realistisch.[104]

109. Die Formulierung der „geeigneten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen“ in der bestehenden Richtlinie lässt große Interpretationsspielräume offen. So wird von einigen Mitgliedstaaten die pure Existenz einer Regulierungsbehörde als eine solche Maßnahme gesehen. Daher wurde nach EU-Kommissionsangaben insbesondere viel Wert auf eine klare Formulierung gelegt. Dies sei für regulatorische Maßnahmen schwierig und auch deshalb wurde im Recast das bestehende Wahlrecht gestrichen. Auch wenn dies für die allgemeine Forderung nach aufsichtsrechtlichen Maßnahmen der Entgeltregulierung zur Schaffung von Effizienzanreizen der Fall sein mag, wäre eine konkrete Festlegung auf ein Price-Cap-Verfahren nach Auffassung der Monopolkommission durchaus gerichtsfest möglich.[105]

110. Vor diesem Hintergrund wäre es nach Auffassung der Monopolkommission angezeigt, eine Anreizregulierung zwingend vorzugeben und diese optional durch vertragliche Vereinbarungen zu ergänzen. Der Regulierungsbehörde sollte insbesondere die Aufsicht über diese Anreizregulierung offen gehalten werden, da dies die originären Aufgaben des Regulierers betrifft. In Fragen der Verträge sollte die Behörde allenfalls beigeordnet sein.

Weitere wichtige Änderungen des Entwurfs der Europäischen Kommission

111. Neben den dargestellten Vorschlägen zur Veränderung des Unionsrechts in Bezug auf die Entgeltregulierung beinhaltet der Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets weitere wichtige Neuerungen. Spezielle Thematiken betreffende Änderungen werden in den jeweiligen Abschnitten aufgegriffen. Dazu gehören insbesondere die Themen der Zugangsgewährung für Serviceeinrichtungen.[106]

112. Der Recast enthält in Artikel 60 bis Artikel 62 eine Ermächtigung an die EU-Kommission, eine Reihe von Rechtsakten anstelle des Parlaments und des Rates zu erlassen (delegierter Rechtsakt; Artikel 290 AEUV). Insbesondere kann sie in Bezug auf die Entgeltregulierung die nicht den Grenzkosten zurechenbaren Kostenarten (Artikel 31 Absatz 3 in Verbindung mit Anhang VIII Nr. 1), detaillierte Verspätungskategorien (Artikel 35 in Verbindung mit Anhang VIII Nr. 4) sowie Grundsätze und Eckdaten über die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Infrastrukturbetreibern und den zuständigen Behörden (Artikel 30 in Verbindung mit Anhang VII) festlegen. Darüber hinaus kann die EU-Kommission unter anderem die Vorgaben über die für eine Trennung notwendige Klassifizierung von Infrastrukturbetreibern und Eisenbahnunternehmen (Anhang II) und den Katalog der unter die Richtlinie fallenden Serviceeinrichtungen (Anhang III) nun selbst ergänzen oder ändern.

113. Allgemein erscheint es der Monopolkommission problematisch, dass mit dem Entwurf kein sicherer Rechtsrahmen geschaffen wird, da die genannten wesentlichen Regelungen im Anhang jederzeit von der Europäischen Kommission geändert werden können. Veränderungen dieser relevanten Sachverhalte sollten nach Meinung der Monopolkommission legislativ geregelt werden.

114. Anders als teilweise erwartet, wird im Entwurf keine schärfere Trennung von Netz und Betrieb gefordert. Nach Informationen der Monopolkommission wurde der Entwurf auf Betreiben mehrerer großer Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, entsprechend abgeschwächt. Die EU-Kommission wird damit diese Auseinandersetzung zunächst vor Gericht ausfechten. In der Richtlinie findet sich auch keine entscheidende Änderung in Bezug auf die Liberalisierung des nicht grenzüberschreitenden Personenverkehrs. Die EU-Kommission hat angekündigt, bis 2011 eine Gesamtbewertung des Wettbewerbs im nationalen Personenverkehr, einschließlich der auf der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 basierenden Praxis, durchzu-

[104] Auch ist die Auslegung der Regelung des Recast unklar, da sie sich nicht nur auf das Bestandsnetz beziehen könnte, wie die in Deutschland getroffene Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung für Ersatzinvestitionen, sondern darüber hinaus auf sämtliche durch Finanzierungsverträge geregelte Infrastrukturinvestitionen.

[105] Beispielsweise hat die Bundesnetzagentur in ihrem Abschlussbericht zur Einführung einer Anreizregulierung die Entwicklung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und Gegenstände eines möglichen Verordnungsentwurfs diskutiert; vgl. BNetzA, Abschlussbericht zur Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor, a. a. O., S. 113 f.

[106] Vgl. Abschnitt 2.2.3.3. Eine Darstellung und ordnungspolitische Analyse des gesamten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), KOM(2010) 475, liefert beispielsweise CEP, Neufassung des 1. Eisenbahnpakets, 22. November 2010.

führen und darauf aufbauend spätestens 2012 neue Maßnahmen zur Marktöffnung zu beschließen.

115. Vor dem Hintergrund der laufenden Vertragsverletzungsverfahren im Hinblick auf die Umsetzung des ersten Eisenbahnpakets wäre eine Verschärfung der zugrunde liegenden Richtlinien nach Ansicht der Monopolkommission nicht zielführend. Eine neue Position würde die Stellung der Europäischen Kommission in den Vertragsverletzungsverfahren schwächen. Insgesamt können von den Neuerungen Impulse für den Wettbewerb auch auf nationaler Ebene ausgehen. Dennoch sind für die beabsichtigte Schaffung eines vollständig geöffneten Eisenbahnmarktes vor allem im Personenverkehr noch weitergehende Schritte erforderlich.

2.1.2.3 Vorschlag zur Konkretisierung der Entgeltstruktur

116. Die bestehenden Entgeltgrundsätze sind, wie bereits in Abschnitt 2.1.1 (insbesondere in Tz. 75 ff.) dargestellt, wenig geeignet, den Entgeltsystemen eine Struktur vorzugeben, die Diskriminierungsmöglichkeiten einschränkt. Auch im Falle der Einführung einer Anreizregulierung mit Leistungskörben verbleiben diskretionäre Gestaltungsspielräume. Für die Regulierungsbehörde ist es derzeit insbesondere aufgrund der unscharfen Vorgaben zur Entgeltstruktur sehr schwierig, die Preissysteme auf Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts zu überprüfen. Durch passende Vorgaben kann Preisdiskriminierung ex ante eingeschränkt und der Bundesnetzagentur die Entgeltprüfung erleichtert werden.

117. Da die Entgeltgrundsätze keine scharfen Vorgaben machen, kann die Bundesnetzagentur nicht allein die Einhaltung der bestehenden Vorgaben überprüfen, um Diskriminierungspotenzial einzuschränken. Die Monopolkommission hat aus diesen Gründen bereits früher vorgeschlagen, im Rahmen einer Überarbeitung der Entgeltregulierung der Eisenbahninfrastruktur die Beziehung zwischen Entgeltmaßstab, den Vorgaben zur Strukturierung der einzelnen Entgelte und den dabei anzuwendenden Entgeltgrundsätzen klarer voneinander abzugrenzen.[107] Dazu sollten Vorgaben an die Entgeltstruktur so ausgestaltet sein, dass sich die einzelnen Entgeltkomponenten auf klare und nachvollziehbare Kriterien zurückführen lassen. Alle wesentlichen preisbeeinflussenden Faktoren – und nur diese – sollten konsistent im Entgeltsystem berücksichtigt werden. So wird die Transparenz deutlich erhöht und Entgeltsysteme können besser auf Diskriminierung überprüft werden. Die grundlegenden Faktoren sind die Kosten für die Ausstattung der Infrastruktur und ihre Nutzung dieser. Die Vorgabe einer Aufschlüsselung dieser Faktoren im Entgeltsystem ohne starre Vorgaben zur Höhe der einzelnen Komponenten ließe den Infrastrukturgesellschaften weiterhin ausreichend unternehmerische Freiheiten zur Kalkulation, ohne dass die resultierenden Entgeltsysteme dadurch die Überprüfung erschweren.[108] Derzeit sieht das Allgemeine Eisenbahngesetz für die Zuschlüsselung der Kosten auch Unterscheidungen nach Marktsegmenten vor, um auf diese Weise die Gesamtkosten der Netzbetreiber zu decken. Es fehlt allerdings an eindeutigen Vorgaben des Gesetzes, welche die Auslegung des Begriffs Marktsegmente innerhalb der Verkehrsleistungen operationalisieren. Daher ist die im Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets gegebene Darlegung von Marktsegmenten (Anhang VIII, Nr. 3) zu begrüßen und national entsprechend umzusetzen.[109]

Zu berücksichtigen sind vor diesem Hintergrund auch die Kosten bzw. Nutzen durch externe Effekte. Für das nationale Schienennetz spielen solche Effekte insbesondere im Sinne von Netzeffekten eine wichtige Rolle.[110] So ist eine Betrachtung des deutschen Schienennetzes als Einheit angebracht. Dabei existieren positive externe Effekte der Zulaufstrecken für die Hauptverkehrsstrecken. Diese

---

[107] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 5.3.2.

[108] Eine explizite Formulierung zu einer entsprechenden Vorgabe im Eisenbahnrecht findet sich bereits in Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 236: "Das Entgeltsystem für den Zugang zum Fahrweg und zu den Personenbahnhöfen muss Komponenten enthalten, welche die Kosten der individuellen infrastrukturellen Ausstattung der Anlagen und ihrer Nutzungshäufigkeit durch sämtliche Zugangsberechtigte berücksichtigen. Dabei kann der Infrastrukturbetreiber nach klaren und transparenten Kriterien mehrere Kategorien bilden. Der Infrastrukturbetreiber kann das Entgeltsystem durch weitere nicht diskriminierende Komponenten ergänzen. Für die Entgelte zur Nutzung des Fahrweges hat das Entgeltsystem insgesamt die Entgeltgrundsätze zu berücksichtigen und sicherzustellen, dass durch die Entgelthöhe die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs, gewährleistet bleibt."

[109] Nach derzeitigem Recht wird bei der Unterscheidung der Marktsegmente insbesondere darauf abgezielt, dass Kosten denjenigen Segmenten zugeordnet werden, die dies tragen können. Dadurch soll ansatzweise dem Ramsey-Prinzip Rechnung getragen werden, auch wenn der Gesetzgeber keine weiteren Vorgaben zur Markttragfähigkeit macht. Ein rationaler Infrastrukturbetreiber, der keine Möglichkeit oder Anreize zur Diskriminierung hat, wird Zugangsentgelte gemäß dem Ramsey-Prinzip wählen. Danach ist der relative Zuschlag auf die Grenzkosten umgekehrt proportional zur Preiselastizität und die Verkehrsleistungen, die am schlechtesten ausweichen können, zahlen höhere Preise. Der entstehende Wohlfahrtverlust ist in diesem Fall relativ gering. Dementsprechend sollte den Betreibern der Schieneninfrastruktur eine gewisse unternehmerische Freiheit gewährt werden, damit sie Entgelte gemäß dem Ramsey-Prinzip kalkulieren können. Allerdings ergeben sich für die Anwendung des Ramsey-Kalküls für den Eisenbahnmarkt gewisse Grenzen. Solange eine Anreizregulierung und die damit verbundene Bildung von Körben (vgl. Tz. 87) nicht eingeführt ist, ist die Preisbildung nach Ramsey über das gesamte Spektrum der Trassenleistungen möglich. In diesem Fall ergeben sich sehr geringe Preiselastizitäten für die Besteller im Schienenpersonennahverkehr, wo die Regionalisierungsmittel zweckgebunden sind. Daher wären diese Trassenpreise besonders hoch. Mit der Einführung von Körben wäre eine Ramsey-Preisbildung nur noch innerhalb dieser Körbe möglich. Dies würde dazu führen, dass Entgelte insbesondere dort besonders hoch wären, wo keine Alternative zum Schienenverkehr existiert. Diese Auswirkungen entsprechen unter Umständen nicht den politischen Zielen, sodass eine gesetzliche Festsetzung des Ramsey-Prinzips im derzeitigen Finanzierungsrahmen der Eisenbahn möglicherweise problematisch wäre.

[110] Darüber hinaus existieren weitere externe Effekte, z.B. auf andere Infrastruktureinrichtungen und auf weitere Leistungen wie im Bereich der Stationen, wo Einnahmen aus Vermietung, Vermarktung, Verpachtung einen großen Teil ihrer Wertigkeit aus dem Fahrgastaufkommen ziehen.

Effekte müssen bei der Festlegung der Entgelte entsprechend berücksichtigt werden.[111] Ohne die Berücksichtigung dieser Effekte wäre der Preis der Zulaufstrecken in der Gesamtbetrachtung zu hoch, was den Verkehr auf diesen Strecken verringern und damit die Attraktivität des Eisenbahnsystems als Ganzes schwächen würde.[112]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorgaben für die Entgeltstruktur an wettbewerbspolitische Anforderungen so anzupassen sind, dass der Bundesnetzagentur die Entgeltprüfung erleichtert und so Diskriminierungspotenzial eingeschränkt wird. Dazu müssen Entgeltkomponenten auf klaren und transparenten Kriterien beruhen. Zu den Anforderungen an ein Entgeltregulierungssystem gehört außerdem die in Abschnitt 2.1.2.1 diskutierte Schaffung von Effizienzanreizen.

2.1.2.4 Bestimmung der Kapitalkosten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen

118. Die Bestimmung der Kapitalkosten spielt im Rahmen der derzeitigen kostenorientierten Regulierung im Eisenbahnsektor eine wichtige Rolle, da diese die angemessene Höhe der Infrastrukturentgelte wesentlich beeinflussen. In der bestehenden Praxis der Kontrolle der Vorschriften durch die Bundesnetzagentur war die Renditebemessung im Eisenbahnsektor bisher allerdings noch von geringer Bedeutung, da die wichtigen Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG bis vor wenigen Jahren ohnehin nur negative oder sehr geringe positive Renditen erwirtschaften konnten. Aus verschiedenen Gründen rückt die Renditefrage derzeit jedoch in den Fokus der Regulierungspraxis. So konnten die großen Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG ihre Rentabilität im Infrastrukturbereich zuletzt stark verbessern. Daher ist die Bestimmung eines Grenzwertes für die zulässige marktübliche Rendite als Bemessungsmaßstab zu einem wichtigen Faktor für die mögliche Entgelthöhe geworden. Außerdem erfordert die diskutierte Price-Cap-Regulierung zur Bemessung der Preisobergrenze, dass die exakten Kosten für das von den Infrastrukturbetreibern eingesetzte Kapital bestimmt werden.

119. Im Eisenbahnrecht existieren keine konkretisierenden Vorgaben zur Bestimmung der Kapitalkosten. Die rechtlichen Vorgaben beschränken sich im Wesentlichen auf § 14 Absatz 4 Satz 1 AEG. Dort wird Betreibern von Schienenwegen die Deckung der für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten „... zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann ...“ zugestanden.[113] Nach der üblichen rechtlichen Interpretation dieser Vorgabe sind dabei im Sinne des Vollkostenprinzips die Fremdkapitalkosten den Vollkosten zuzurechnen. Dies bedeutet, dass die Rendite, die am Markt erzielt werden kann, auf das Eigenkapital beschränkt und so als Eigenkapitalrendite zu verstehen ist.[114]

Sowohl die Bundesnetzagentur als auch die Deutsche Bahn AG haben Untersuchungen zu einer konsistenten Vorgehensweise bei der Bestimmung der Kapitalkosten im Eisenbahninfrastrukturbereich in Auftrag gegeben.[115]

120. Das nach den rechtlichen Normen anzuwendende Vollkostenprinzip gibt vor, dass die tatsächlichen Fremdkapitalkosten, die für die Finanzierung der Pflichtleistungen anfallen, anzusetzen sind. In der Praxis ergeben sich dadurch allerdings verschiedene mögliche Schwierigkeiten. So kann es sein, dass Fremdkapitalkosten den Pflichtleistungen nicht eindeutig zurechenbar sind bzw. die bilanzierten Kreditkonditionen von den am Markt üblichen Konditionen abweichen, wenn das Infrastrukturunternehmen beispielsweise als Teil eines Konzerns konzerninterne Kredite erhält oder der Infrastruktursparte als Teil eines Unternehmens Kredite und deren Kosten nur rechnerisch zugeordnet werden. So kann unklar sein, ob die ausgewiesenen Fremdkapitalkosten den am Markt üblichen Fremdkapitalkosten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen entsprechen.[116] In diesem Fall müssen diese Kosten kalkulatorisch ermittelt werden. Für die Bestimmung der Fremdkapitalkosten ist zwischen den Unternehmen in öffentlichem Besitz und solchen in privatem Besitz zu unterscheiden. Die Unternehmen in Staatshand profitieren von den guten Finanzierungsbedingungen der öffentlichen Hand und dem daraus abzuleitenden sehr geringen Insolvenzrisiko. Die Vorschläge der Gutachter sehen vor, die Fremdkapitalkosten auf Basis von Renditen börsengehandelter Unternehmensanleihen zu bestimmen.[117] Dieses Vorgehen wird von der Monopolkommis-

[111] Durch die Berücksichtigung externer Effekte als Kostenbestandteil werden Preisdifferenzen zwischen stark genutzten Strecken und den Nebenstrecken, die der Erschließung auch schwach bevölkerter Regionen oder dem Güterverkehrszulauf dienen, verringert. Die Berücksichtigung dieser Effekte wird teilweise als Querfinanzierung angesehen, da nicht allein von den materiellen, rein streckenbezogenen Kosten ausgegangen wird.

[112] Beispielsweise wurden durch die Regionalfaktoren einige Strecken von diesem Prinzip ausgeschlossen.

[113] Für die Regulierung der Serviceeinrichtungen existiert gemäß § 14 Absatz 5 AEG nur die Vorgabe, dass deren Entgelte nicht missbräuchlich sein dürfen. Diese Formulierung gibt Raum für andere Vorgehensweisen, ermöglicht aber im Hinblick auf die Kapitalkosten auch einen einheitlichen Ansatz für Schienenwege und Serviceeinrichtungen.

[114] Vgl. Kühling, J./Hermeier, G./Heimeshoff, U., Gutachten zur Klärung von Entgeltfragen nach AEG und EIBV, erstellt im Auftrag der Bundesnetzagentur, 2007, S. 129.

[115] Vgl. Frontier Economics, Bestimmung der Kapitalkosten im Eisenbahninfrastrukturbereich unter den besonderen Bedingungen des deutschen Eisenbahnsektors, Gutachten für die Bundesnetzagentur, London, Dezember 2009; NERA Economic Consulting, Die Kapitalkosten deutscher Eisenbahninfrastrukturunternehmen, Gutachten im Auftrag von Deutsche Bahn AG, London, 18. Juni 2010. Dabei ermittelt das Gutachten im Auftrag der Deutschen Bahn AG Renditen nur für die Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG, während das Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur Renditen für Eisenbahninfrastrukturunternehmen allgemein in Abhängigkeit vom jeweiligen Dienstleistungsangebot ermittelt. Die Gutachten bestimmen die Kapitalkosten dabei unter Berücksichtigung des derzeit vorliegenden Regulierungsrahmens. Im Falle der Einführung einer Price-Cap-Regulierung wäre abhängig von deren Ausgestaltung im Detail grundsätzlich eine erneute Untersuchung und andere Vorgehensweise erforderlich. Beispielsweise wäre eine Risikoabschwächung durch die Regulierung geringer.

[116] So werden sich aufgrund der unterschiedlichen Risiken innerhalb eines Konzernverbundes auch die tatsächlichen Fremdkapitalkosten unterscheiden.

[117] Für nichtbundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen bezieht sich der Vorschlag des Gutachtens für die Bundesnetzagentur auf eine Schnittmenge von Unternehmensanleihen aus dem Bereich Eisenbahn und Energienetze mit einem Rating von A- bis BBB+, woraus ein marktüblicher Fremdkapital-Risikozuschlag von ca. 1,8 bis 2,3 Prozentpunkten abgeleitet wird. Für bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen werden Unternehmensanleihen von Staatsunternehmen mit einem Rating von AAA bis AA als Grundlage verwendet,

sion prinzipiell als sinnvoll und begründet eingeschätzt. Allerdings unterstellt das Gutachten für die Deutsche Bahn AG, dass der durch die impliziten Staatsgarantien ermöglichte Zinsvorteil gegenüber nichtbundeseigenen Unternehmen an den Bund abgeführt werden kann, und geht daher von einer einheitlichen Bonität aller Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus. Da solch eine Abführung weder explizit stattfindet noch uneingeschränkt als zielführend angesehen werden kann, sieht die Monopolkommission die Bestimmung des Fremdkapitalzinssatzes auf Basis einer geringeren als der tatsächlichen Bonitätsklasse für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG als nicht sachgerecht an.

Ermittlung einer marktüblichen Eigenkapitalrendite

121. Der zentrale Aspekt der Bestimmung der Kapitalkosten ist die Ermittlung einer marktüblichen Eigenkapitalrendite. Zur Bestimmung dieser Eigenkapitalrendite ist zunächst zu klären, an welchem Maßstab sich die Regulierung orientieren muss. Es ist umstritten, ob unter dem Begriff Markt in § 14 Absatz 4 Satz 1 AEG der Markt für Eisenbahninfrastrukturleistungen oder der Kapitalmarkt zu verstehen ist. Jedoch führen beide Interpretationen zu dem Ergebnis, dass ein kapitalmarktorientierter Ansatz zur Ermittlung der Eigenkapitalkosten zu wählen ist.[118]

122. Die Eigenkapitalkosten können nur kalkulatorisch ermittelt werden. Insbesondere können die tatsächlich gezahlten Dividenden eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens nicht als Maß für die Eigenkapitalkosten herangezogen werden. In dem Fall könnten die Eigentümer des Unternehmens die Monopolrendite als Dividende verlangen und so Entgelte in Höhe der Monopolpreise durchsetzen, die im Rahmen der Regulierung nicht zu beanstanden wären.

Zur Bestimmung der Eigenkapitalkosten wird typischerweise das Capital Asset Pricing Model (CAPM) angewendet, so auch in den beiden genannten Gutachten. Dieses Modell wird in der Finanzierungs- und Regulierungspraxis auch international angewendet und mittlerweile als das Standardmodell zur Ermittlung von Eigenkapitalzinssätzen regulierter Unternehmen gesehen. So wurde das CAPM von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung und Festlegung einer Eigenkapitalrendite bereits im Energiebereich verwendet. Neben vielen Vorteilen, die in den genannten Gutachten Erwähnung finden, bietet das verwendete CAPM aus Sicht der Monopolkommission gegenüber Alternativen wie dem Dividend-Growth-Modell oder einer individuellen Identifizierung und heuristischen Bewertung von Risiken auf Basis von Gesprächen zwischen dem Regulierer und dem regulierten Unternehmen den Vorteil, dass unter Zuhilfenahme relativ weniger Annahmen transparente, belastbare Schätzungen möglich sind. Die Ergebnisse des CAPM sind daher weniger annahmegetrieben als die möglicher Alternativen.

123. Nach dem CAPM hängen die Eigenkapitalkosten der Unternehmen nur von solchen unternehmensspezifischen Besonderheiten ab, die im sog. Beta-Faktor zusammengefasst werden. Dieser Faktor berücksichtigt nur Unternehmensrisiken, die mit den Risiken aller anderen Vermögensanlagen positiv korreliert sind. Dies betrifft damit insbesondere Risiken im Zusammenhang mit gesamtwirtschaftlichen Ereignissen. Dagegen haben unternehmensindividuelle Risiken, die mit gesamtwirtschaftlichen Ereignissen nicht korreliert sind, keinen Einfluss auf die Kapitalkosten, da sie nach der Idee des CAPM von den Anlegern im Rahmen einer Diversifizierung eliminiert werden können. Der Beta-Faktor bezieht sich also ausschließlich auf das nicht weiter diversifizierbare systematische Risiko und stellt somit den maßgeblichen Beitrag zum Risiko jeder Unternehmung dar. Auf dieser Grundlage wird die kapitalmarktorientierte Bewertung dieser Risiken von Unternehmen ermöglicht.

124. Die Eigenkapitalkosten eines Unternehmens ergeben sich dann aus dem risikolosen Zins und einer Risikoprämie. Die Risikoprämie ist das Produkt aus dem Marktpreis für das Risiko (Marktrisikoprämie) und dem Beta-Faktor. Die allgemeine Marktrisikoprämie stellt die Überrendite des vollständig diversifizierten Marktportfolios im Vergleich zu einer risikolosen Anlage dar. Basierend auf der Marktrisikoprämie ergibt sich der Wagniszuschlag eines einzelnen Unternehmens aus dem Beta-Faktor, der das Verhältnis des nicht diversifizierbaren Risikos des Unternehmens zu dem des Marktportfolios angibt. Zur Bestimmung der Eigenkapitalkosten eines Unternehmens müssen also die drei Parameter risikoloser Zins, Marktrisikoprämie und Beta-Faktor bestimmt werden.

125. Der risikolose Zins wird üblicherweise auf Basis von langfristigen Bundesanleihen bestimmt. In beiden vorliegenden Gutachten wird der Zins so bestimmt und dementsprechend ergeben sich vergleichsweise geringe Abweichungen.[119]

Die Marktrisikoprämie wird typischerweise aus langen Zeitreihen internationaler Portfolios abgeleitet, allerdings besteht bezüglich der Interpretation der Daten kein Konsens. So ist insbesondere die Frage danach, ob für eine Schätzung der Marktrisikoprämie das arithmetische oder das geometrische Mittel der historischen Marktrenditen einen geeigneteren Schätzer darstellt, nicht eindeu-

woraus sich ein Fremdkapital-Risikozuschlag von ca. 0,4 bis 0,8 Prozentpunkten ergibt. (Die Deutsche Bahn AG wird von Standard & Poor's mit einem Rating von AA bewertet). In Verbindung mit der ermittelten risikolosen Verzinsung von 4,1 Prozent ergibt sich ein Fremdkapitalkostensatz von 4,5 bis 4,9 Prozent für bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen bzw. von 5,9 bis 6,4 Prozent für nichtbundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Die Gutachter im Auftrag der Deutschen Bahn AG gehen dagegen von einer durchschnittlichen Bonität von A- aus und ermitteln dementsprechend einen Fremdkapitalzinssatz von 5,6 Prozent. Durch die impliziten Staatsgarantien entsteht somit ein Zinsvorteil zwischen Fremdkapitalkosten von A- und AA.

[118] Vgl. Kühling, J./Hermeier, G./Heimeshoff, U., a. a. O., S. 121 ff.

[119] Im Gutachten für die Bundesnetzagentur ergibt sich für die risikolose Verzinsung ein Wert von 4,1 Prozent p.a. während das Gutachten für die Deutsche Bahn AG, das Anleihen mit im Durchschnitt etwas längeren Laufzeiten zugrunde legt, einen Zinssatz von 4,3 Prozent p. a. ermittelt.

tig zu beantworten.[120] Gleichwohl hat die Beantwortung dieser Frage einen entscheidenden Einfluss auf die resultierende Eigenkapitalrendite, da das arithmetische Mittel nie kleiner (und im Regelfall deutlich größer) ist als das geometrische Mittel.[121] So ist je nach übergeordnetem Ziel der Analyse aufgrund des Fehlens eines allgemein anerkannten Ansatzes eine Beeinflussung des Ergebnisses in die gewünschte Richtung möglich. Die Studie im Auftrag der Deutschen Bahn AG stützt sich dementsprechend auf die Berechnung auf Basis des arithmetischen Mittels und erhält so vergleichsweise hohe Renditen, während die Gutachter für die Bundesnetzagentur den Mittelwert aus beiden Ansätzen bilden.[122]

126. Die Grundlage zur Ermittlung der Eigenkapitalkosten nach dem CAPM bildet die Bestimmung der Beta-Faktoren aus der Entwicklung der Börsenkurse von Unternehmen im Vergleich zu einem Marktindex stellvertretend für das Marktportfolio. Für die zu betrachtenden Eisenbahninfrastrukturunternehmen lassen sich entsprechende Werte jedoch nicht beobachten, da die reinen Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht börsennotiert sind (bzw. die Eisenbahninfrastrukturaktivität nur einen Teil der Aktivität eines börsennotierten Konzerns ausmacht). Daher muss ein Marktvergleich mit anderen, am Kapitalmarkt schon bewerteten internationalen Unternehmen vorgenommen werden. Allerdings existieren auch im Ausland keine börsennotierten reinen Eisenbahninfrastrukturunternehmen. So müssen zur Bestimmung des Unternehmensrisikos Vergleichsgruppen börsennotierter Unternehmen verwendet werden. Die Auswahl einer geeigneten Vergleichsbranche ist dabei sehr problematisch. Es existieren nur wenige Unternehmen, die eine den deutschen Eisenbahninfrastrukturunternehmen vergleichbare systematische Risikostruktur aufweisen.[123] Jeder möglichen Gruppe kann dabei eine Vielzahl an Argumenten entgegengehalten werden. Vor diesem Hintergrund schätzt die Monopolkommission die ausführliche Diskussion der potenziellen Vergleichsgruppen insbesondere im Gutachten für die Bundesnetzagentur.

127. Die beiden Gutachten ermitteln entsprechend dem beschriebenen Vorgehen Bandbreiten für eine marktübliche Eigenkapitalverzinsung (unterschieden nach Geschäftsfeldern), die die jeweilig zugestandenen Unsicherheiten der Schätzungen widerspiegeln. Für die Regulierungspraxis sind aus den Bandbreiten dennoch einzelne Werte abzuleiten. Dazu wird in beiden Gutachten auf den Mittelwert der Bandbreiten zurückgegriffen.

128. Die absoluten Kapitalkosten ergeben sich aus dem Produkt der ermittelten Renditesätze mit der Kapitalbasis. Bei der Ermittlung der Kapitalbasis ist diese auf das betriebsnotwendige Kapital zu beschränken und Eigen- und Fremdkapital müssen aufgrund der unterschiedlichen Behandlung voneinander abgegrenzt werden. Dabei erscheint es aufgrund der Einfachheit des Verfahrens sinnvoll, wenn möglich bilanzielle Werte zu nutzen. Dabei sollte zinslos zur Verfügung gestelltes Kapital (öffentliche Zuwendungen/Baukostenzuschüsse, zinslose Darlehen etc.) für die Berechnung der Kapitalkosten nicht berücksichtigt werden, da für dieses keine Kapitalkosten anfallen. Es sollten nur Vermögenswerte berücksichtigt werden, die die Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus eigenen Mitteln finanziert haben. Dies betrifft insbesondere die Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG, die umfangreiche Zuwendungen aus öffentlicher Hand erhält. Gleichzeitig sollten Anreize für Unternehmen, eine nicht marktübliche Struktur zu wählen, d. h. durch die Gewährung einer konstanten Eigenkapitalrendite den Eigenkapitalanteil ineffizient auszuweiten, dadurch eingeschränkt werden, dass der Eigenkapitalanteil begrenzt wird.[124] Das Vorgehen des

---

[120] Das arithmetische Mittel ist der einfache Durchschnitt der individuellen Periodenrenditen. Das geometrische Mittel ist der Durchschnitt, der sich allein aus dem Start- und dem Endwert ergibt. Bei einer Betrachtung eines Zeithorizonts von N Perioden ist das geometrische Mittel die N-te Wurzel der Gesamtrendite. Schwankungen über den Zeitablauf beeinflussen daher den geometrischen Mittelwert nicht, wohl aber den arithmetischen Mittelwert. Vgl. zur akademischen Diskussion zur Eignung der Mittelwerte als Schätzer beispielsweise Indro, D.C./Lee, W.Y., Biases in Arithmetic and Geometric Averages as Estimates of Long-Run Expected Returns and Risks Premia, Financial Management 26(4), 1997, S. 81–90, und Koller, T./Goedhart, M./Wessels, D., Valuation, 5. ed., New York 2010. Insgesamt lässt sich folgern, dass beide Schätzer im Allgemeinen verzerrte Ergebnisse liefern, wobei das arithmetische Mittel Verzerrungen nach oben aufweist, während das geometrische Mittel im Gegensatz dazu Verzerrungen nach unten liefert. Als Schätzer für eine einzelne Periodenrendite ist das arithmetische Mittel im Allgemeinen geeigneter als das geometrische Mittel. Die empirisch dokumentierte negative Autokorrelation in langfristigen Wertpapierrenditen führt allerdings dazu, dass die dem arithmetischen Mittel zugrunde liegende sequentielle Zusammensetzung von Periodenrenditen problematisch für die Bewertung der Gesamtentwicklung ist. Deshalb wird das geometrische Mittel als geeigneterer Schätzer für langfristige Renditen betrachtet. In der akademischen Literatur existieren weitere Vorschläge für weniger verzerrte Schätzer wie gewichtete Mittel aus arithmetischem und geometrischem Mittel.

[121] So ermittelt das Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur je nach verwendetem Ansatz einen Wert von 3,7 bzw. 4,9 Prozent.

[122] Tendenziell vergleichbare Fragestellungen, wenngleich mit geringeren Auswirkungen, existieren in Bezug auf die Berücksichtigung von nationalen, europäischen oder weltweiten Portfolios, des Betrachtungszeitraums und der gravierenden Auswirkungen der jüngsten Finanzkrise auf die ermittelten Werte. Allerdings sprechen diesen Fragestellungen kaum Argumente für die Verwendung rein nationaler Daten oder gegen einen möglichst langen Zeitraum. Dennoch verbleiben auch hier Entscheidungsspielräume.

[123] Zu berücksichtigen ist hier insbesondere eine Unterteilung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Nutzungsschwerpunkten Personenverkehr und Güterverkehr. Im Personenverkehr werden die von der Endnachfrage ausgehenden systematischen Risiken von den Eisenbahnverkehrsunternehmen zu großen Teilen absorbiert, indem sich ein Passagierrückgang weniger auf die Anzahl der fahrenden Züge als auf deren Auslastung auswirkt. Daher ist die relevante Nachfrage außergewöhnlich stabil und so das für das CAPM relevante systematische Risiko, d. h. das Risiko, das mit dem Markt schwankt, sehr gering. Daneben müssen Betreiber von Wartungseinrichtungen, anderen technischen Einrichtungen und von Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme unterschieden werden, da diese deutlich anderen Nachfragerisiken ausgesetzt sind.

[124] Sinnvoll ist dazu, auf den bereits im Rahmen der CAPM-Analyse ermittelten Wert zurückzugreifen. Im Rahmen des CAPM erfolgt eine Anpassung der Beta-Faktoren an die jeweilige Kapitalstruktur, da das unternehmensspezifische Risiko auch von dieser Struktur abhängt. Zur Bestimmung der Kapitalstruktur kann entweder eine generelle, normierte oder die unternehmensindividuelle tatsächliche Kapitalstruktur zugrunde gelegt werden, wobei Letzteres aufgrund einer Vermischung von tatsächlichen und normierten Größen einen Bruch mit der CAPM-Methodik bedeutet. Zur Ermittlung eines Referenzwertes für die Normierung der Kapitalstruktur kann entweder eine optimale Kapitalstruktur theoretisch bestimmt werden (was aus vielerlei Gründen kaum praktikabel erscheint) oder eine Gruppe von Vergleichsunternehmen und/oder Entscheidungen anderer Regulierer

Gutachtens für die Bundesnetzagentur berücksichtigt diese Punkte angemessen.

129. Der in beiden Gutachten verwendete Ansatz des CAPM enthält zur Ermittlung der Eigenkapitalkosten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Meinung der Monopolkommission einige Unsicherheiten der Schätzungen. So ergeben sich nicht zu vernachlässigende Entscheidungsspielräume, wenngleich diese geringer sind als bei alternativen Ansätzen. Allgemein beurteilt die Monopolkommission das Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur als relativ ausgewogen. Dagegen besteht gegenüber dem Vorgehen der Gutachter im Auftrag der Deutschen Bahn AG eine Reihe von Einwänden.[125]

130. Dennoch ist auch das Vorgehen zur Bestimmung der Beta-Faktoren der Gutachter im Auftrag der Bundesnetzagentur nicht uneingeschränkt zu unterstützen. So ist die nach dem CAPM ermittelte untere Grenze der Bandbreite für den Risikozuschlag des Eigenkapitals für nichtbundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen so niedrig, dass diese unterhalb der möglichen Werte der Zuschläge für Fremdkapital liegt. Für die Risikozuschläge für das Fremdkapital nichtbundeseigener Eisenbahninfrastrukturunternehmen ermitteln die Gutachter Werte zwischen 1,8 und 2,3 Prozent. Weil der Risikozuschlag für Eigenkapital in keinem Fall niedriger sein kann als der für Fremdkapital, da dieses vorrangig bedient wird, dürften die möglichen Risikozuschläge für das Eigenkapital nicht unterhalb von 1,8 Prozent liegen.[126] Aus den hergeleiteten Bandbreiten für Beta-Faktoren und Marktrisikoprämie resultieren unter Berücksichtigung des ergebniswirksamen Steuersatzes inklusive Gewerbesteuer von etwa 30,5 Prozent jedoch Bandbreiten für den Risikozuschlag für das Eigenkapital von 1,4 bis 4,4 Prozent. Da die Fremdkapitalkosten unabhängig von der Methodik des CAPM ermittelt wurden, ist hier kein methodisch inkorrektes Vorgehen festzustellen. Allerdings hätte die untere Grenze des Risikozuschlags für Eigenkapital nach oben korrigiert werden müssen. Da im Ergebnis die Bandbreitenmitten gewählt werden, ist die untere Grenze von entscheidender Bedeutung für die ermittelten Werte des Gutachtens. Zusätzlich wird für die Infrastrukturunternehmen des Bundes als pragmatische Lösung als Kapitalkostensatz diese untere Grenze angesetzt.[127] Diese Inkonsistenz muss bei der tatsächlichen Bemessung der Rendite vermieden werden.

In diesem Zusammenhang ist allgemein zu hinterfragen, warum für die regulatorische Praxis, in deren Rahmen ein eindeutiger Wert abzuleiten ist, auf die Bandbreitenmitten (Mitten der zentralen 50prozentige-Perzentile) statt auf Medianwerte oder Mittelwerte zurückgegriffen wurde. Auch wenn dieses Vorgehen durchaus sinnvoll sein kann, erscheint es etwas überraschend, insbesondere da keine Diskussion der Alternativen stattfindet. Nach Meinung der Monopolkommission wäre eine solche Diskussion einschließlich Robustheitsüberprüfungen wünschenswert.

Bemessung der Eigenkapitalkosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes

131. Für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes gelten rechtliche und ökonomische Besonderheiten. Rechtlich obliegt dem Bund nach Art 87e Absatz 4 GG eine Allgemeinwohlverpflichtung bezüglich des Ausbaus und Erhalts des Schienennetzes der Eisenbahnen. Außerdem muss der Bund gemäß Art 87e Absatz 3 Satz 3, 2. Halbsatz GG stets die Mehrheit der Anteile der bundeseigenen Unternehmen halten. Dies führt nach allgemeiner Meinung dazu, dass der Bund faktisch eine Haftungsgarantie übernimmt. Insbesondere Ratingagenturen und Banken gehen daher von einer impliziten Staatsgarantie aus.[128] Da es nach Art 87e Absatz 3 Satz 3, 1. Halbsatz GG in Verbindung mit Artikel 87e Absatz 5 GG zur Aufnahme von Eigenkapital von anderen Kapitalgebern durch die bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen eines Bundesgesetzes bedarf, welches es nach

genutzt werden. Die Monopolkommission befürwortet dabei den im Einklang mit bisherigen Regulierungsentscheidungen stehenden Vorschlag, auf Basis von Vergleichsunternehmen einen Verschuldungsgrad von 60 Prozent zugrunde zu legen. Zur Begrenzung der Anreize der Unternehmen, eine nicht marktübliche Struktur zu wählen, ist es entsprechend zweckmäßig, eine Höchstgrenze für Eigenkapital von 40 Prozent anzusetzen. Im Energiebereich in Deutschland wird die Kapitalstruktur ebenfalls reglementiert, indem die bestimmten Zinssätze auf die zulässige Eigenkapitalquote von 40 Prozent angewendet werden. Über die zulässige Quote hinausgehendes Eigenkapital wird wie Fremdkapital behandelt.

125 So werden im von der Deutschen Bahn AG beauftragten Gutachten Straßenbetreiber als Vergleichsgruppe herangezogen, die die beschriebenen außergewöhnlich geringen systematischen Risiken der Nachfrage insbesondere im Personenverkehr nicht zu zeigen scheinen. Die Verwendung dieser Vergleichsgruppe führt daher zu einem höheren Risikozuschlag und damit höheren Eigenkapitalkosten. Eine reflektierte Diskussion potenzieller Vergleichsgruppen erfolgt kaum. Es werden lediglich einige Alternativen größtenteils wegen Datenproblemen verworfen. So wird gegen die Verwendung japanischer Passagierbahnen eingewendet, dass der japanische Referenzmarkt einen höheren Anteil zyklischer Aktien aufweist als der europäische Markt. Allerdings wäre hier ein Vergleich mit dem deutschen Markt angebracht. Auch erscheint dies als Begründung gegen eine Wahl dieser Unternehmen und für die Verwendung der Straßenbetreiber, die eines der zentralen Kriterien – die Vergleichbarkeit des systematischen Risikos – kaum erfüllen, wenig überzeugend. Auch in Bezug auf die Frage, ob für die Schätzung der Marktrisikoprämie die Verwendung des arithmetischen oder des geometrischen Mittels der historischen Marktrenditen geeigneter ist, erscheint die geführte Diskussion nicht objektiv. Dies betrifft neben der Auswahl der referenzierten Literatur insbesondere deren Darstellung. Beispielsweise wird die ausgewogene Darstellung von Copeland, T./Koller, T./Murrin, J., Unternehmenswert, 3. Aufl., Frankfurt 2002, nicht entsprechend wiedergegeben. Die Tatsache, dass die Verwendung des arithmetischen Mittels immer höhere Werte liefert als die des geometrischen Mittels, wird ebenso wenig explizit erwähnt wie die in der Literatur deutlich vorherrschende Ansicht, dass das arithmetische Mittel im Allgemeinen Verzerrungen nach oben, das geometrische Mittel Verzerrungen nach unten aufweist. Auf die nicht sachgerechte Bestimmung der Fremdkapitalkosten durch das Gutachten für die Deutsche Bahn AG wurde bereits in Tz. 120 eingegangen.

126 Vgl. BNetzA, Abschlussbericht zur Einführung einer Anreizregulierung im Eisenbahnsektor, a. a. O., S. 113 f., S. 94.

127 Vgl. Tz. 131 ff. Da die bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen niedrigere Fremdkapitalkosten zu tragen haben, ist dieses Vorgehen prinzipiell möglich.

128 Vgl. NERA Economic Consulting, a. a. O., S. 57. So verändert sich das Rating wahrscheinlich auch nicht mit steigendem Verschuldungsgrad.

den vergangenen Diskussionen zur Privatisierung für die Infrastrukturunternehmen in naher Zukunft nicht geben wird, haben bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugang zu privatem Kapital nur in Form von Fremdkapital. Aus diesen Gründen ist zu diskutieren, ob sich die nach CAPM ermittelte marktübliche Rendite der nichtbundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen von der marktüblichen Rendite der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes unterscheidet. Rechtlich sind dabei unterschiedliche Auslegungen möglich, die sowohl die Gleichsetzung der Eigenkapitalkosten mit den Fremdkapitalkosten als auch die Bestimmung der Eigenkapitalkosten nach dem CAPM abdecken.[129] Ökonomisch ist eine Abwägung von Argumenten erforderlich.

132. Da die bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen Eigenkapital nicht am Kapitalmarkt aufnehmen können, ist die Aufnahme von Fremdkapital die einzige externe Finanzierungsquelle. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Eigenkapitalrendite mit den Fremdkapitalkosten gleichzusetzen ist.[130] Durch dieses Vorgehen würden Anreize zu einem Passivtausch zur Erhöhung der regulatorischen Eigenkapitalkosten innerhalb eines Konzernverbundes eliminiert. Allerdings steht dieses Argument nicht in direktem Zusammenhang mit der Eigentümerstruktur des Konzerns, sondern betrifft alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Außerdem werden diese Anreize bereits durch die vorgeschlagene Kappungsgrenze für Eigenkapital reduziert. Die Kosten der faktischen Haftungsübernahme durch den Bund werden bei dieser Überlegung nicht berücksichtigt.

133. Eine alternative Überlegung ergibt sich aus den Opportunitätskosten des Eigenkapitalgebers. Prinzipiell ist für den Staat eine Anlage am Finanzmarkt genauso möglich wie für Eigenkapitalgeber nichtbundeseigener Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Ebenso könnte der Staat durch eine Steuersenkung alternative Investitionsmöglichkeiten an Private weitergeben, denen dafür wiederum der Finanzmarkt zu Verfügung steht. Daher entsprechen die Opportunitätskosten des Kapitals denen eines privaten Eisenbahninfrastrukturunternehmens und so hat auch für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes die marktorientierte Eigenkapitalrendite nach CAPM Gültigkeit.

134. Während das Gutachten der Deutschen Bahn AG ohne eine Diskussion der Thematik den CAPM-Ansatz für die Eisenbahninfrastrukturtöchter der Deutschen Bahn AG wählt, empfiehlt das Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur einen Mittelweg, bei dem ein Risikozuschlag an der Untergrenze der in der CAPM-Analyse ermittelten Bandbreiten gewählt wird. Das Vorgehen, zwischen bundeseigenen und nichtbundeseigenen Unternehmen zu unterscheiden, steht jedoch nicht im Einklang mit dem verwendeten CAPM-Ansatz, weil nach dessen Methodik das systematische Risiko eigentümerunabhängig ist. Da der im Gutachten für die Bundesnetzagentur empfohlene pragmatische Mittelweg dennoch auf die Ergebnisse der CAPM-Analyse abstellt und daraus einen relativ arbiträren Wert ableitet, ist dieser methodische Bruch durchaus problematisch. Außerdem findet die marktorientierte Methodik des CAPM so nur für einen Bruchteil der gesamten Infrastruktur Anwendung.[131] Die Monopolkommission sieht die beiden Ansätze als nicht miteinander vereinbar und daher eine vermittelnde Position allgemein nicht als sinnvolle und begründbare Alternative an.

135. Die Monopolkommission spricht sich daher für die Anwendung des Opportunitätskostengedankens und damit für die Ermittlung der Eigenkapitalrendite nach CAPM auch für die Infrastrukturunternehmen des Bundes aus.

Ziel der Regulierung ist allgemein die Herstellung von Bedingungen, die vergleichbar mit denen unter potenziellem Wettbewerb sind. Die Anreize, denen sich das regulierte Unternehmen gegenübersieht, sollen denen eines wettbewerblichen Umfelds entsprechen. Nach diesem Konzept des Als-ob-Wettbewerbs bezieht man sich auf einen hypothetischen wirksamen Wettbewerb, der die Eigenkapitalrenditen auf das Niveau der Eigenkapitalkosten begrenzt. Mit der Berücksichtigung von Eigenkapitalkosten im Rahmen der Regulierung sollen die Kostendeckung gesichert und Investitionsanreize gesetzt werden.[132] Im Falle von privaten regulierten Unternehmen sind diese Ziele weitgehend konform und gehen mit dem Ziel der Herstellung des Als-ob-Wettbewerbs einher. Bei den bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen könnten diese Ziele jedoch divergieren. Denn zum einen finanzieren die bundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen Großteil ihrer Investitionen über günstiges Fremdkapital, sodass es aufgrund von Ungenauigkeiten bei der Festlegung der Kapitalbasis bzw. -struktur aufgrund der großen Unterschiede zwischen Fremdkapitalzins und marktkonformem Eigenkapitalzins zu einer besonders hohen Überrendite kommen könnte. Außerdem ist nicht zu erkennen, dass der Staat für das investierte Eigenkapital eine risikoadäquate Rendite erwartet. Der dargestellte Opportunitätskostenansatz liefert dementsprechend eine Rendite, die unter Umständen über der von den Kapitalgebern tatsächlich geforderten Rendite liegt und so dazu führt, dass Nutzungsentgelte als überhöht angesehen werden könnten. Vor diesem Hintergrund könnte es im Sinne der Verfolgung des Kostendeckungsziels bei den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes angebracht sein, eine niedrigere Rendite anzusetzen.

136. Allerdings ist die Monopolkommission der Ansicht, dass das Kostendeckungsziel allein nicht dem allgemeinen Regulierungsziel der Herstellung von Als-ob-

[129] Vgl. Frontier Economics., a. a. O., S. 124 f.
[130] In steuerlicher Hinsicht bleibt die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital weiterhin nötig, sodass das Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur für diesen Fall eine zulässige Eigenkapitalverzinsung von 5,4 bis 5,8 Prozent errechnet.
[131] Auf dem Netz der Deutschen Bahn AG (DB Netz AG und DB Regio-Netz Infrastruktur GmbH) werden etwa 98 Prozent der gesamten Betriebsleistung, gemessen in Milliarden Trassenkilometern, erbracht; vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2010, a. a. O., S. 29.
[132] Vgl. Frontier Economics, a. a. O., S. 31.

Wettbewerb entspricht. Es sollte daher eher als Nebenbedingung dieses allgemeinen Ziels angesehen werden. Ansonsten könnte die regulatorische Rendite so niedrig ausfallen, dass keine Investitionsanreize mehr gesetzt würden. Dabei ist im Falle der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes zusätzlich zu berücksichtigen, dass deren tatsächliche Finanzierungskosten unbekannt sind, sodass eine pragmatische Festlegung deutlich zu gering sein könnte. Das Ziel der Kostendeckung zu verfolgen, wäre im Falle der Deutschen Bahn AG nur dann angebracht, wenn deren Infrastrukturunternehmen nicht als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden würden. Dies ist aber gemäß Art 87e Absatz 3 Satz 1 GG der Fall. Zur Verwirklichung des Kostendeckungsziels müsste dementsprechend dem Vorschlag der Monopolkommission gefolgt und die Eisenbahninfrastrukturunternehmen müssten von den Transportunternehmen des Konzerns getrennt werden. Zusätzlich (und nicht im Einklang mit dem Vorschlag der Monopolkommission) müssten die Infrastrukturgesellschaften als nicht privatwirtschaftlich geführte Staatsunternehmen betrieben werden. Geschieht dies nicht, muss von der Idee der Herstellung von Als-ob-Wettbewerb ausgegangen werden.

Vor diesem Hintergrund sind Investitionsanreize nach marktkonformen Vorgaben zu setzen. So ist aus ordnungspolitischer Sicht auch den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes eine kapitalmarktorientierte Eigenkapitalrendite zuzugestehen, damit diese als Wirtschaftsunternehmen am Markt agieren und Investitionen nach unternehmerischen Gesichtspunkten tätigen können.

137. Dieses Vorgehen könnte allerdings dazu führen, dass das erzielte Marktergebnis nicht den politisch gewünschten Resultaten entspricht. Wenn jedoch aus Gründen der Allgemeinwohlverpflichtung oder sonstigen verteilungspolitischen Gründen eine Stärkung der Eisenbahn angestrebt wird, stehen dazu Instrumente wie beispielsweise die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung und die Bundesverkehrswegeplanung zur Verfügung. Das Mittel der Renditekürzung ist für diese Zielsetzung nicht geeignet, da damit in den Marktmechanismus eingegriffen wird. Die Festlegung einer nicht marktkonformen Eigenkapitalrendite zur Senkung der Zugangsentgelte würde die Regulierungsziele konterkarieren.

Fazit

138. Die Darstellung hat gezeigt, dass die Ergebnisse der Bestimmung der Eigenkapitalkosten für Eisenbahninfrastrukturunternehmen neben der Bestimmungsmethode sehr stark von den getroffenen Annahmen abhängen. Daher ist zu befürchten, dass die Ermittlung des Eigenkapitalzinses dem Einfluss politischer Interessen ausgesetzt ist. Die Monopolkommission hat sich bereits früher für ein möglichst einfaches, wenig annahmegetriebenes und transparentes Vorgehen ausgesprochen, um die Einflussnahme externer Partikularinteressen zu begrenzen.[133] Die im allgemeinen Diskurs präferierte CAPM-Methodik weist zwar einige Entscheidungsspielräume auf, diese sind jedoch geringer als bei anderen Methoden. Darüber hinaus sind die ergebniskritischen Annahmen identifizierbar. Durch eine ausführliche Diskussion der betreffenden Entscheidungen wird die Transparenz erhöht. Auch aufgrund der methodischen Stringenz sind so mithilfe des CAPM vergleichsweise transparente und nachvollziehbare Schätzungen möglich. Dies trifft auf das pragmatische Vorgehen der Gutachter der Bundesnetzagentur zur Bemessung der Eigenkapitalkosten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes jedoch nicht zu. Die Monopolkommission spricht sich daher gegen die vergleichsweise arbiträre Festlegung der Eigenkapitalkosten für bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen zwischen Fremdkapital- und Opportunitätskosten aus. Dieses Vorgehen unterliegt keinen eindeutigen Kriterien. Auch folgt die Monopolkommission nicht der Argumentation, dass den Infrastrukturtöchtern der Deutschen Bahn AG aufgrund ihrer Sonderstellung und der dadurch günstigen Fremdkapitalzinsen im Regulierungsrahmen eine geringere Eigenkapitalrendite zugestanden werden sollte. Die Eigenkapitalkosten sollten daher eigentümerunabhängig festgelegt werden. Im Sinne der Planungssicherheit und um die Thematik der politischen Einflussnahme mittelfristig zu entziehen, ist außerdem eine langfristige Stabilität der festzulegenden Zinsen unbedingt erforderlich.

139. Die gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen, die lediglich auf die Eigenkapitalrendite abstellen, führen teilweise zu erheblichen Fehlanreizen und faktischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Kapitalbasis und der Fremdkapitalkosten. So ergeben sich durch die Zurechnung der Fremdkapitalzinsen zu den Vollkosten keine Anreize, die Fremdkapitalkosten oder die Gesamtkapitalkosten durch die Wahl einer effizienten Kapitalstruktur zu verringern. Durch die Festlegung einer vorgegebenen Eigenkapitalrendite ergeben sich im Gegenteil Anreize zur ineffizienten Ausweitung des Eigenkapitals. Um dem entgegenzuwirken, muss auf die Kapitalstruktur regulatorisch Einfluss genommen und eine Höchstgrenze eingeführt werden. Dieser notwendige, aber per se nicht wünschenswerte Eingriff kann verzerrte Anreize dennoch nicht verhindern. Die Monopolkommission schließt sich daher der im Gutachten für die Bundesnetzagentur enthaltenen ökonomischen Kritik am derzeitigen Rechtsrahmen ausdrücklich an und empfiehlt dem Gesetzgeber, eine zulässige Gesamtkapitalrendite auf Basis von kalkulatorischer Eigenkapitalrendite, kalkulatorischen Fremdkapitalkosten und einer normierten Kapitalstruktur vorzugeben.[134]

2.1.3 Regulierungsprobleme im Bereich Bahnstrom und Bahnstromnetze

140. Die Versorgung der Eisenbahn mit Elektrizität stellt einen gesonderten Bereich der Energieversorgung

[133] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 243.

[134] Aufgrund der Unterschiede in den Fremdkapitalkosten wäre im Rahmen einer derartigen Regulierung natürlich zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes und nichtbundeseigenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu unterscheiden. Aus den gleichen Gründen tritt die Monopolkommission auch im Energiesektor für die Berechnung einer Gesamtkapitalverzinsung ein. Vgl. Monopolkommission, Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Bonn 2011, Tz. 361.

dar, der aus technischen Gründen nicht mit der Versorgung von Haushalten, Gewerbe und Industrie vergleichbar ist. Die Zugangsbedingungen zu den Märkten für Bahnstrom werden jedoch insbesondere durch die im Energiesektor etablierte allgemeine Regulierung der Versorgungsnetze bestimmt. Gleichzeitig stellen die im Bahnsektor vorliegenden Rahmenbedingungen für die Nutzung von Bahnstrom insbesondere für die dortigen Akteure wichtige Wettbewerbsfaktoren dar.

Die wettbewerblichen Problematiken im Bereich Bahnstromversorgung liegen daher in einem Spannungsfeld zwischen Energie- und Eisenbahnsektor und erfordern vor diesem Hintergrund übergreifende Lösungsansätze, welche die spezifischen Anforderungen aus beiden Industriesektoren berücksichtigen. Um die übergreifende Bedeutung der Bahnstromproblematik deutlich zu machen, findet sich dieser Abschnitt deshalb in inhaltlich identischer Form sowohl in diesem als auch im Energiesondergutachten der Monopolkommission.[135]

2.1.3.1 Besonderheiten und wettbewerbliche Problemfelder der Stromversorgung im Bahnsektor

141. Die Besonderheiten der Bahnstromversorgung, die diese von den gewöhnlichen Märkten der Versorgung mit Haushalts- und Industriestrom abgrenzen, sind Folge technischer und institutioneller Unterschiede dieses Segments des Energiemarktes. Technische Besonderheiten ergeben sich insbesondere aus den Anforderungen an den Fahrstrom zur Versorgung elektrifizierter Züge bzw. Triebwagen, der auch Bahnstrom oder Traktionsenergie genannt wird. So hat das Bahnstromnetz in Deutschland historisch bedingt eine Frequenz von 16,7 Hz bei einer Spannung von 110 kV im Fernleitungs- und 15 kV im Oberleitungsnetz und unterscheidet sich damit von gewöhnlichem Strom mit 50-Hz-Standard-Industriefrequenz.[136]

Entsprechend den besonderen Anforderungen an die Form des Bahnstroms existieren auch Unterschiede in der zur Bereitstellung von Traktionsenergie benötigten Netzinfrastruktur. Die elektrischen Eisenbahnen erhalten den Strom durch Stromschienen und durch den Fahrdraht (I. Oberleitungsnetz). Der in konventionellen Kraftwerken produzierte Strom wird durch das Bahnstromfernleitungsnetz in die Fläche transportiert und zur Einspeisung an der Oberleitung bereitgestellt (II. Bahnstromfernleitungsnetz). In Umformern, Umrichtern und Unterwerken wird der Strom zuvor in die von der Eisenbahn benötigte Frequenz und Spannung transformiert (III. Anlagen zur Stromtransformation).[137]

[135] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Abschnitt 4.5.

[136] Eine weitere Besonderheit besteht in den geschlossenen S-Bahn-Systemen in Berlin und Hamburg, da es sich hier jeweils um Gleichstromnetze handelt.

[137] Der häufig im Rahmen des Themenfeldes Bahnstrom verwendete Begriff Bahnstromnetz ist nicht genau definiert, umfasst prinzipiell aber alle genannten Anlagen und Umwandler zu I., II. und III. Insbesondere aufgrund der Produktdefinition der DB Energie GmbH, die den Zugang zum Fernleitungsnetz (II.) und den Anlagen zur Stromtransformation (III.) als Bahnstrom-Netznutzung bezeichnet, wird bei Verwendung des Begriffs Bahnstromnetz auch häufig nur auf diese Anlagen abgestellt.

142. Mit der Liberalisierung des Bahnmarktes gingen auch die Anlagen für die Versorgung mit Bahnstrom in verschiedenen Gesellschaften der Deutschen Bahn AG auf, sodass auch die Transportgesellschaften des DB-Konzerns (DB Fernverkehr AG, DB Regio AG, DB Schenker Rail GmbH) intern die Leitungen zur Versorgung mit Bahnstrom von eigenen Schwestergesellschaften in Anspruch nehmen. Für die Zuordnung der Bahnstrominfrastruktur trifft das Eisenbahnrecht verschiedene Regelungen:

Gemäß § 4 Absatz 3 AEG muss der Betreiber der Schienenwege auch den Betrieb der Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zum Gegenstand seines Unternehmens machen. Unter den Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom sind offenkundig das Oberleitungsnetz und die Stromschienen zu subsumieren, die gesetzeskonform gemeinsam mit dem Trassenzugang von der Netzgesellschaft der Deutschen Bahn AG, der DB Netz AG, bewirtschaftet werden.

Die Bahnstromfernleitungen sind gemäß § 2 Absatz 3 AEG Eisenbahninfrastrukturanlagen. Diese werden zusammen mit den Anlagen zur Stromtransformation von der DB Energie GmbH bewirtschaftet. Die DB Energie GmbH verfügt zudem über erhebliche eigene Stromerzeugungskapazitäten, sodass sie etwa 80 Prozent des von ihr gelieferten Fahrstroms selbst produziert und nicht mehr am Stromgroßhandelsmarkt erwerben muss.[138]

143. Institutionell ergibt sich infolge des Unbundlings für die Akteure auf den liberalisierten Bahn- und Energiemärkten die folgende Situation:

- Eisenbahnverkehrsunternehmen erwerben den Zugang zum Oberleitungsnetz automatisch mit der Buchung einer Netztrasse bei der DB Netz AG. Der Netzzugang unterliegt gemäß § 14 Absatz 1 und Absatz 4 AEG einer Zugangs- und Preisregulierung. Die Regulierung soll verhindern, dass dieser Teil der Infrastruktur, zu dessen Nutzung es für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen keine wettbewerblichen Alternativen gibt, durch überhöhte oder diskriminierende Preissetzung der DB Netz AG zu einem Wettbewerbsproblem auf den Eisenbahntransportmärkten führt.
- Eisenbahnverkehrsunternehmen benötigen weiter den Zugang zu den Bahnstromfernleitungen und den Transformationsanlagen. Die DB Energie GmbH ermöglicht Eisenbahnverkehrsunternehmen die Nutzung dieser Anlagen und vertreibt das Zugangsprodukt unter dem Namen „Bahnstrom-Netznutzung". Die Regulierung des Bahnstromnetzes im Hinblick auf das Zugangsgebot und die Entgelte steht im Spannungsfeld von Energie- und Eisenbahnrecht und war lange Zeit strittig. Nach jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegt der Netzzugang ebenfalls dem Energierecht und danach einer Zugangs- und Entgeltregulierung, vergleichbar mit anderen Energienetzen.[139]

[138] Angaben der Bundesnetzagentur.

[139] Vgl. auch Abschnitt 2.1.3.2.

– Neben dem Zugang zum Bahnstromnetz benötigt ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auch die eigentliche elektrische Energie für den Betrieb der Züge (Traktionsenergie), die es – die „Bahnstrom-Netznutzung“ vorausgesetzt – am Energiemarkt erwerben kann. Alternativ kann es die Energie auch direkt bei der DB Energie GmbH gemeinsam mit dem Netzzugang erwerben. Letzteres Produkt wird von der DB Energie GmbH unter dem Markennamen „Bahnstrom-Vollversorgung“ vertrieben. Die Lieferung der Bahnenergie unterliegt, für sich genommen, weder nach dem Energiewirtschaftsgesetz noch nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz regulierungsrechtlichen Anforderungen.

– Elektrifizierte Zugfahrzeuge von Eisenbahnverkehrsunternehmen benötigen nicht nur eigene Antriebsenergie – sie sind teilweise auch in der Lage, bei Bremsvorgängen Bremsenergie in Strom umzuwandeln und in das Bahnstromnetz zurückzuspeisen. Die Rückspeiseenergie wird von der DB Energie GmbH vergütet. Nach der aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die Anwendungsmöglichkeit des Energierechts für die Bahnstromversorgung erscheint zukünftig jedoch auch eine Regulierung der Rückspeisevergütung möglich.[140]

144. Aus den geschilderten Strukturen resultieren verschiedene wettbewerbliche Probleme, auf welche die Monopolkommission in der Vergangenheit bereits mehrfach hingewiesen hat und zu denen erst teilweise Lösungen gefunden wurden (vgl. Abbildung 2.2). Zentrale Schwierigkeiten für Wettbewerber der Deutschen Bahn AG im Nah-, Fern und Güterverkehr sind der Mangel an Möglichkeiten zur diskriminierungsfreien Beschaffung von Fahrstrom und die Vergütung für zurückgespeisten Bremsstrom.

145. Zur Beschaffung von Fahrstrom steht es Wettbewerbern offen, entweder bei der DB Energie GmbH die Bahnstrom-Netznutzung zu buchen und einen beliebigen Stromanbieter am Energiemarkt zu wählen oder sich alternativ im Rahmen der Bahnstrom-Vollversorgung komplett von der DB Energie GmbH versorgen zu lassen. Bereits in ihrem Sondergutachten zum Eisenbahnsektor aus dem Jahr 2009 hat die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass der Versorgungsmöglichkeit am Energiemarkt eine besondere Bedeutung zukommt, da durch sie ein wettbewerblicher Strombezug ermöglicht wird, der auch geeignet ist, den Bezugspreis des Vollversorgungsproduktes der DB Energie GmbH zu disziplinieren.[141] Vor diesem Hintergrund ist den Hindernissen, die sich für einen wettbewerblichen Bezug von Bahnstrom am Energiemarkt stellen, besondere Beachtung zu schenken.

146. Eine Schwierigkeit bei der Inanspruchnahme des für den Strombezug am Energiemarkt notwendigen Zugangs zum Bahnstromnetz stellt bisher der von der DB Energie GmbH gewählte Zugangspreis für dieses Produkt dar. Anders als im Falle gewöhnlicher Industriestromnetze wurde dieser Preis bisher nicht von der Bundesnetzagentur kontrolliert und genehmigt. Die fehlende Entgeltkontrolle war vor allem darauf zurückzuführen, dass die DB Energie GmbH lange Zeit die rechtliche Position vertreten hat, dass das Bahnstromnetz einer Zugangs-, nicht aber einer Entgeltregulierung unterliege. Verschiedene Aspekte sprechen dafür, dass infolge dieser Situation von der DB Energie GmbH aus strategischen Gründen ein sehr hoher Preis für den Netzzugang gewählt wurde.[142]

147. Der möglicherweise überhöhte Preis für den Netzzugang und verschiedene weitere Problematiken der freien Versorgung mit Fahrstrom – etwa die Bestimmungen der DB Energie GmbH zum Bezug von Ausgleichsenergie – haben dazu geführt, dass bisher kein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf die Kombination des Produktes Bahnstrom-Netznutzung in Verbindung mit einer Strombeschaffung am Energiemarkt zurückgegriffen hat. Die Monopolkommission hat bereits 2009 in ihrem Sondergutachten zum Eisenbahnsektor auf die problematischen Folgen dieser Situation hingewiesen. Infolge eines Urteils des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2010 ist der Netzzugang nun den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes unterworfen, sodass eine Entgeltkontrolle durch die Bundesnetzagentur erfolgen wird. Offen bleibt, ob diese Entscheidung dafür ausreicht, dass die Bahnstrom-Netznutzung zukünftig eine reale Alternative zur Vollversorgung mit Fahrstrom durch die DB Energie GmbH darstellt.

148. Die vorherigen Ausführungen legen nahe, dass die DB Energie GmbH die Nachfrage von Eisenbahnverkehrsunternehmen derzeit gezielt in Richtung des Vollversorgungsproduktes lenkt, wodurch sie heute de facto alleiniger Anbieter von Bahnstrom ist. Da es sich bei der Energieversorgung um ein prinzipiell wettbewerbsfähiges Produkt handelt, unterliegt der Energiepreis im Rahmen der Vollversorgung mit Bahnstrom durch die DB Energie GmbH auch nicht der sektorspezifischen Regulierung des Bahn- und Energierechts. Zwar ermöglicht die DB Energie GmbH prinzipiell allen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Buchung des Vollversorgungsproduktes. Die DB Energie GmbH sieht jedoch gleichfalls bereits seit mehreren Jahren unterschiedliche Mengenrabatte für die Buchung der Bahnstrom-Vollversorgung vor. Während die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG die höchsten Rabattstaffeln jeweils problemlos erreichen,

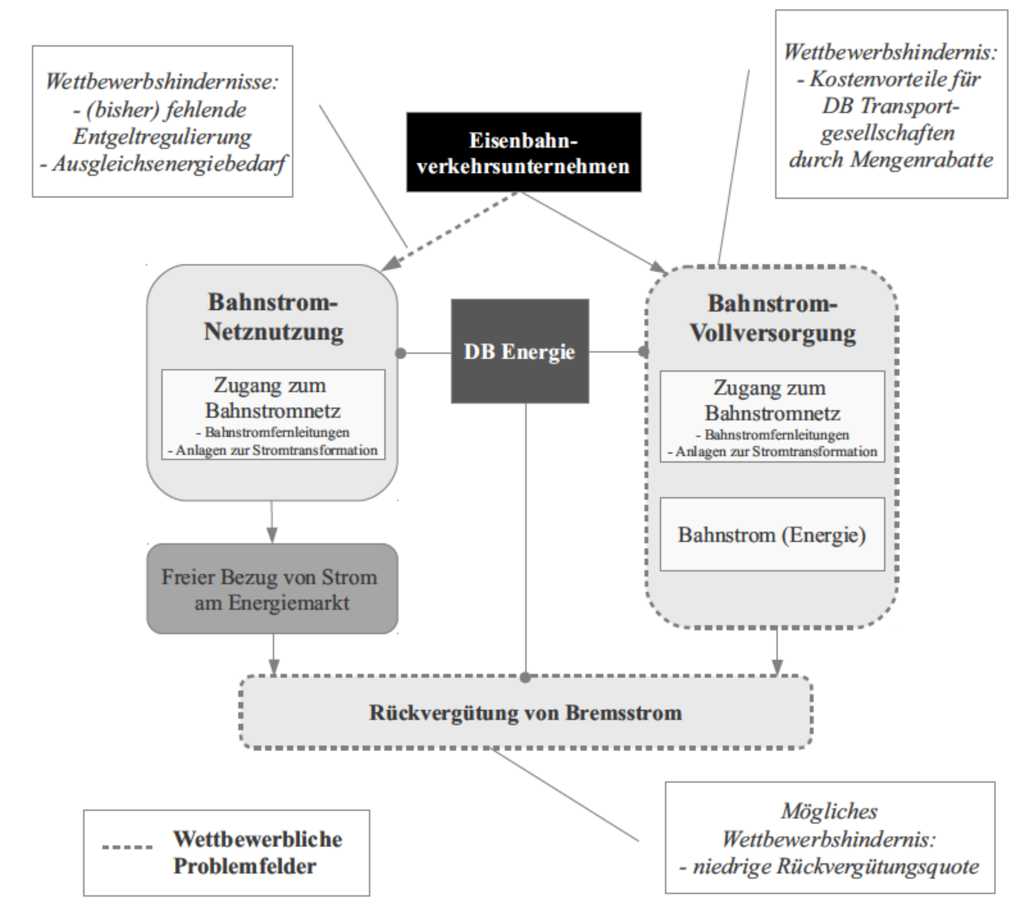
[140] Vgl. auch Abschnitt 2.1.3.3.

[141] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 248, 249, 253, 254.

[142] Auffällig ist insbesondere, dass der implizite Strompreis des alternativ wählbaren Vollversorgungsproduktes der DB Energie GmbH (Netzentgelt + Energieversorgung), also der Strompreis den man erhält, wenn man das Netzzugangsentgelt vom Vollversorgungspreis subtrahiert, etwa 25 Prozent unterhalb des marktüblichen Preises für Strom liegt. Es ist für die DB Energie GmbH jedoch nicht wirtschaftlich, den Bahnstrom unter Marktpreis abzugeben, da sie sich in diesem Fall besser stellen könnte, wenn sie ihren in Kraftwerken erzeugten Strom in die konventionellen Stromnetze einspeist und am Energiemarkt veräußert. Dieser Umstand weist sehr deutlich darauf hin, dass der tatsächliche Strompreis der DB Energie GmbH deutlich höher als dieser implizite Preis liegt und die DB Energie GmbH einen strategisch hohen Preis für die Netzentgelte angesetzt hat.

Abbildung 2.2

Wettbewerbshindernisse im Stromversorgungsprozess der Eisenbahnverkehrsunternehmen



Quelle: Eigene Darstellung

bleiben die Wettbewerber weit jenseits der notwendigen Abnahmemengen. Faktisch ergibt sich aus den Rabatten ein Kostennachteil der Wettbewerber gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG, der umgerechnet auf die Gesamtkosten des Fahrbetriebs eines Eisenbahnverkehrsunternehmens rund 1 Prozent beträgt.[143] Aufgrund der geringen Margen in der Bahnbranche kann dieser Kostenvorteil als erheblich betrachtet werden.

149. Gegenstand einer Klage zur Bahnstrom-Vollversorgung, über die im Jahr 2006 vom Oberlandesgericht Frankfurt am Main entschieden wurde, war die Kürzung des Rechnungsbetrags für gelieferten Bahnstrom durch ein privates Eisenbahnverkehrsunternehmen.[144] Nach Auffassung des Gerichts waren die zu diesem Zeitpunkt geltenden Bahnstrompreise jedoch weder unter kartellrechtlichen noch unter sonstigen rechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden.[145] Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt wurde zwar beim Bundesgerichtshof Revision eingelegt, allerdings wurde die Re-

[143] Der Kostennachteil von Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG bei der Versorgung mit Bahnstrom ergibt sich aus verschiedenen Rabatten im Preissystem der DB Energie GmbH. Nach der Preisregelung vom 1. Januar 2011 handelt es sich dabei um Mengenrabatte, einen Staffelrabatt von bis zu 4 Prozent und einen Auslastungsrabatt in Höhe von zusätzlich 5 Prozent. Ausgehend vom rabattierten Preis entspricht ein Mengenrabatt von maximal 9 Prozent einem Preisaufschlag für Wettbewerber von bis zu 10,2 Prozent. Die derzeit 26 Wettbewerber der Deutschen Bahn AG haben sich jedoch zur Einkaufsgemeinschaft RAILECO zusammengeschlossen, die den höchsten Staffelrabatt erreicht, sodass sich der Preisaufschlag der in der Einkaufsgemeinschaft organisierten Unternehmen gegenüber den DB-Gesellschaften auf 5,8 Prozent reduziert. Der Auslastungsrabatt kann faktisch nur von den Transporttöchtern der Deutschen Bahn AG in Anspruch genommen werden, da selbst die Einkaufsgemeinschaft weit von der notwendigen Jahresabnahmemenge von mindestens 2 000 GWh entfernt bleibt. Da die Kosten für Bahnstrom nach Informationen der Monopolkommission im Durchschnitt etwa 15 Prozent der Kosten eines Eisenbahnverkehrsunternehmen ausmachen, beträgt der Gesamtkostennachteil von Wettbewerbern gegenüber den Unternehmen der Deutschen Bahn AG je nach erreichter Rabattstaffel zwischen 0,87 und 1,53 Prozent. Er kann weiter steigen, wenn insbesondere kleinere Wettbewerber im Fern- und Güterverkehr aus Risikogründen nicht in der Lage sein sollten, die zusätzlichen Laufzeitrabatte der DB Energie GmbH in Anspruch zu nehmen, die zu einem weiteren Rabatt von maximal 10 Prozent bei zehn Jahren Vertragslaufzeit führen. Vgl. DB Netze, Anlage 4 zum Rahmenstromliefervertrag, Bahnstrompreisregelung ab 1. Januar 2011; Angaben von Marktteilnehmern gegenüber der Monopolkommission.

[144] OLG Frankfurt, Urteil vom 19. September 2006, 11 U 44/05 (Kart), WuW/E DE-R 1901.

[145] Vgl. ausführlich Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 252; Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 204 ff.

vision im Anschluss wieder zurückgenommen. Das Bundeskartellamt, das von Amts wegen gegen das Rabattsystem der DB Energie GmbH vorgehen könnte, hat darauf bisher verzichtet.[146] Insgesamt ist festzustellen, dass bisher wenig Evidenz über die kartellrechtliche Konformität der Mengenrabatte vorliegt und eine höchstrichterliche Klärung dieser Rechtsfrage noch aussteht. Zwischenzeitlich hat die DB Energie GmbH ein Gutachten erstellen lassen,[147] welches darlegt, dass es sich bei den Mengenrabatten um gewöhnliche Rabatte handele, die ökonomisch und nicht strategisch begründet seien.[148] Die Mengenrabatte entsprächen in ihrer Wirkung einem zweiteiligen Tarif, der Effizienzvorteile durch die Möglichkeiten zur Abdeckung von Fixkosten generiere.

150. Die Monopolkommission hat bereits in früheren Gutachten darauf hingewiesen, dass die Rabattstaffelung der DB Energie GmbH wie eine offene Preisdiskriminierung zum Nachteil der Wettbewerber der Deutschen Bahn AG wirkt.[149] Sie teilt nicht die Auffassung des oben genannten Gutachtens, wonach der Preis dem auf einem wettbewerblichen oder perfekt regulierten Markt entspricht. Zwar entstehen durch die Anwendung von Mengenrabatten statische Effizienzvorteile. Insbesondere entsprechen Mengenrabatte aus ökonomischer Sicht einem zweiteiligen Tarif, wodurch die Einpreisung von Fixkosten besser möglich ist. Diesem Effekt liegt jedoch die Annahme zugrunde, dass marginale Nachfrager nicht abgeschreckt und ausgebremst werden, was im Bahnsektor nicht zutrifft.[150] Im Wettbewerb lässt sich jedoch eine Preisdifferenzierung nur unter engen Voraussetzungen durchsetzen, da die mit einem höheren Preis belegten Unternehmen in der Regel zu einem Konkurrenten abwandern, der auf die Preisdiskriminierung verzichtet. Gerade im Hinblick auf die Öffnung eines vormals staatlichen Industriesektors ist die Entwicklung von Wettbewerb, der hier in der Regel erhebliche dynamische Effizienzpotenziale mit sich bringt, der Erzielung geringer statischer Effizienzvorteile vorzuziehen.

151. Die Monopolkommission sieht in den Mengenrabatten des Bahnstrom-Vollversorgungsproduktes derzeit ein erhebliches wettbewerbliches Problem gegeben und würde daher eine Prüfung durch das Bundeskartellamt begrüßen. Mittelfristig sollte der Preis für die Vollversorgung jedoch nicht durch einen kartellrechtlichen Eingriff, sondern durch Alternativen aus dem Markt diszipliniert werden. Die Monopolkommission sieht daher eine Kernaufgabe von Gesetzgeber und Regulierungsbehörde darin, wettbewerbliche Alternativen zur Bahnstrom-Vollversorgung durch eine geeignete Regulierung des Bahnstromnetzzugangs zu schaffen. Vor diesem Hintergrund hat die Monopolkommission die bestehenden Hindernisse im Bereich der Bahnstrom-Netznutzung in Abschnitt 2.1.3.2 eingehend untersucht.

152. Unabhängig von der Wahl des Versorgungsweges ist in den letzten Jahren ein weiteres Problem der wettbewerblichen Versorgung mit Bahnstrom deutlich geworden, das mit der Vergütung des in das Bahnstromnetz zurückgespeisten Bremsstroms zusammenhängt. Die Rückspeiseenergie, die Eisenbahnen beim Bremsen erzeugen, reduziert nicht den eigenen Verbrauch, sondern stellt eine erneute Einspeisung dar, die von anderen Akteuren im Markt genutzt werden kann. Wettbewerber werfen der DB Energie GmbH jedoch vor, dass sie die Rückspeiseenergie zu gering vergüte, da die Rückspeisevergütung erheblich unter den Energieversorgungsentgelten läge. Aufgrund der Aktualität dieses Problemfeldes wird dieses nachfolgend in Abschnitt 2.1.3.3 ausführlich behandelt.

2.1.3.2 Wettbewerbshindernisse im Bereich der Bahnstrom-Netznutzung

153. Die Bahnstrom-Netznutzung stellt für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen eine notwendige Leistung dar, um Strom am Energiemarkt beschaffen zu können. Da das Zugangsentgelt für das Bahnstromnetz bislang nicht durch die Bundesnetzagentur genehmigt worden ist, konnte die DB Energie GmbH bisher den Preis für den Netzzugang nach eigenem Ermessen festsetzen. Im Hinblick auf dieses grundlegende Problem für den wettbewerblichen Bezug von Strom zum Betrieb elektrifizierter Bahnen hat sich jedoch infolge eines aktuellen Urteils eine grundlegend neue Situation ergeben.

154. Im November 2010 entschied der Bundesgerichtshof, dass das Bahnstromfernleitungsnetz dem Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes und damit der Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegt.[151] Vorausgegangen war ein Beschluss der Bundesnetzagentur, der die DB Energie GmbH verpflichtete, gemäß § 23a EnWG eine Genehmigung für die erhobenen

---

146 Zuletzt hat die Europäische Kommission ein Missbrauchsverfahren nach Artikel 102 AEUV gegen die Deutsche Bahn AG eingeleitet und zu diesem Zweck am 29. März 2011 Durchsuchungen vorgenommen. Hintergrund war der Verdacht, dass die Deutsche Bahn AG ihre eigene Frachtsparte bei der Energieversorgung bevorzugt. Näheres zu den Verdachtsmomenten ist nicht bekannt. Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 31. März 2011, MEMO/11/208.

147 Der Monopolkommission lag nicht das Gutachten selbst, aber ein auf dem Gutachten basierender Aufsatz des Autors vor, auf dem die folgende Darstellung basiert; vgl. Axel Ockenfels, Die Ökonomik nichtlinearer Tarife am Beispiel Bahnstrom, Zeitschrift für Energiewirtschaft 33 (4), 2009, S. 306–315.

148 Vgl. ebenda, S. 312.

149 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 251; Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 211.

150 Nichtlineare Tarife generieren unstrittig statische Wohlfahrtsvorteile, da die Trassenpreise sich eher an marginalen Kosten orientieren können. Unberücksichtigt bleibt dabei jedoch, dass Wettbewerbern gegenüber dem etablierten Unternehmen dadurch Kostennachteile entstehen und diese so von einem Markteintritt abgehalten werden könnten. Dem statischen Wohlfahrtsvorteil nichtlinearer Tarife stehen deshalb ganz erhebliche dynamische Wohlfahrtsverluste entgegen. Naheliegend ist in diesem Fall ein Vergleich mit dem Mengenrabatt im Rahmen der vor 2001 gültigen Trassenpreissysteme, welche die Verkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG als einzige Großabnehmer begünstigten. Im Vergleich zum Energiepreissystem ist im Falle der Trassenpreise das Argument statischer Wohlfahrtsvorteile noch gewichtiger, da die Netzinfrastruktur der Bahn besonders erhebliche Fixkosten erzeugt, die durch einen zweiteiligen Tarif im statischen Wohlfahrtsmodell theoretisch optimal verteilt werden können. De facto führte der dadurch entstehende Mengenrabatt jedoch zum Ausschluss von Wettbewerbern, die nicht in Konkurrenz zur Deutschen Bahn treten konnten, sodass dieser Rabatt vom Bundeskartellamt als missbräuchlich untersagt wurde; vgl. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2000/2000_09_08.php

151 BGH, Urteil vom 9. November 2010, EnVR 1/10.

Netzentgelte einzuholen. Die von der DB Energie GmbH dagegen gerichtete Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf zurückgewiesen.[152] Der Bundesgerichtshof entschied schließlich, dass die Rechtsbeschwerde, mit der die DB Energie GmbH ihren Antrag auf Aufhebung des Beschlusses der Bundesnetzagentur weiterverfolgte, unbegründet sei. Der Bundesgerichtshof sieht gemäß § 3a EnWG das Energiewirtschaftsrecht als anwendbar an, da das Bahnstromfernleitungsnetz der Versorgung von Eisenbahnunternehmen mit leitungsgebundener Energie diene. Dementsprechend legt das Gericht die spiegelbildliche Vorschrift des § 1 Absatz 2 Satz 3 AEG dahingehend aus, dass die Anwendbarkeit des Allgemeinen Eisenbahngesetzes ausgeschlossen ist. Insbesondere sind nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs die Zugangs- und Entgeltregelungen für den Netzzugang nach §§ 20 ff. EnWG auch auf die Bahnstromnetze anzuwenden.

Die Anwendbarkeit des Energiewirtschaftsgesetzes wird nach Auffassung des Gerichtshofs insbesondere nicht dadurch ausgeschlossen, dass im Eisenbahnrecht etwas anderes geregelt ist. Das Eisenbahnrecht beinhalte nur Zugangs- und Entgeltregelungen für die Nutzung der Schienenwege und für den Gebrauch bestimmter Serviceeinrichtungen, jedoch weder Zugangs- noch Entgeltregelungen im Hinblick auf das Bahnstromnetz. Zwar gehören Bahnstromfernleitungen gemäß § 2 Absatz 3 AEG zur Eisenbahninfrastruktur und nach § 14 Absatz 1 AEG sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Gewährung einer diskriminierungsfreien Infrastrukturnutzung verpflichtet. Bei einer Gesamtbetrachtung des Regelungswerks ergebe sich aber, dass § 14 Absatz 1 AEG den Zugang zum Bahnstromnetz und das Entgelt für seine Nutzung weder regele noch regeln wolle. Hierfür spreche bereits, dass die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nur den Zugangsanspruch für die Benutzung der Schienenwege und bestimmter Serviceeinrichtungen näher ausgestalte, nicht aber für die Nutzung des Bahnstromnetzes. Das Allgemeine Eisenbahngesetz enthalte somit als einziges Kriterium für den Zugang zum Bahnstromnetz die Diskriminierungsfreiheit, wohingegen das Energiewirtschaftsrecht den Zugangsanspruch in den §§ 20 ff. EnWG und der Stromnetzzugangsverordnung äußerst detailliert regele. Der Bundesgerichtshof hält es vor diesem Hintergrund für nahezu ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber eine so rudimentäre Vorschrift wie § 14 Absatz 1 AEG als abweichende Regelung im Sinn des § 3a EnWG gemeint haben könnte. Darüber hinaus leitet das Gericht aus der Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck des § 14 Absatz 1 AEG ab, dass die Norm keine das Energiewirtschaftsgesetz verdrängende abweichende Regelung darstellt. Vielmehr wird nach Ansicht des Bundesgerichtshofs durch das Eisenbahnrecht nur die technische Nutzung der Anlagen geregelt, während sich die wirtschaftlichen Fragen der Versorgung mit Energie nach dem Energiewirtschaftsrecht richten sollen.

Mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs ist nun höchstrichterlich entschieden, dass das Bahnstromfernleitungsnetz als Energieversorgungsnetz der Entgeltgenehmigungspflicht des Energiewirtschaftsgesetzes und damit einer am Effizienzmaßstab orientierten Kostenprüfung unterliegt. Die DB Energie GmbH muss nun der Bundesnetzagentur ihre Netzentgelte zur Prüfung und Genehmigung vorlegen.[153]

155. Ein weiteres wettbewerblich relevantes Problem im Zusammenhang mit der Bahnstrom-Netznutzung ergibt sich aus den bestehenden, von der DB Energie GmbH vorgegebenen Rahmenbedingungen zur Ausgleichsenergie. Der Bedarf an elektrischer Energie im Bahnstromnetz schwankt mit dem Fahrverhalten der Züge. Diese Schwankungen muss der Bahnstrom- und Fahrleistungsnetzbetreiber durch Ausgleichsenergie kompensieren.[154] Die Messung des Strombezugs für die Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgt ausschließlich mittels einer registrierten Leistungsmessung (RLM). Die Verkehrsgesellschaften, die ihren Strom von Drittanbietern beziehen, müssen mittels sog. Energiefahrpläne im Viertelstunden-Zeitraster der DB Energie GmbH mitteilen, wie viel 50-Hz-Drehstrom über die Umformer- bzw. Umrichteranlagen in die Bahnstromenergieanlagen eingespeist werden soll. Diese Angaben werden dann im Bilanzkreis der DB Energie GmbH berücksichtigt.[155] Der Verbraucher entnimmt die Energie an beliebigen Stellen im Bahnstromnetz, die sich durch den Zugbetrieb ergeben, und die DB Energie GmbH erfasst über die von dem Verbraucher genutzten Verbrauchsmesseinrichtungen den tatsächlichen Stromverbrauch. Der Ausgleich zwischen bestellter und entnommener Energie wird auf Grundlage von Leistungsmittelwerten bestimmt und die entsprechenden Ausgleichsenergiekosten werden unabhängig von der tatsächlichen Situation des Gesamtbilanzkreises der DB Energie GmbH berechnet. Abweichungen werden stundenscharf saldiert.

156. Von der DB Energie GmbH beschaffte Ausgleichsenergie wird immer dann relevant, wenn sich Abweichungen von der Verbrauchsplanung des Strom beziehenden Eisenbahnverkehrsunternehmens ergeben. Die Ausgleichsenergiebestimmungen der DB Energie GmbH betreffen derzeit ausschließlich Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Strom von Drittanbietern beziehen. Bei der Bahnstrom-Vollversorgung übernimmt die DB Energie

---

[152] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2009, VI-3 Kart 61/09 (V), Zeitschrift für Neues Energierecht 14(2), 2010, S. 176.

[153] Unionsrechtlich enthält der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), 17. September 2010, KOM(2010) 475, Änderungen in den Regelungen des Zugangs zu Bahnstromnetzen. Diese Netze sollen nun in Anhang III des Entwurfs als Teil des Mindestzugangspakets aufgeführt werden, auf welches Eisenbahnunternehmen nach Artikel 13 unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung Anspruch haben. Auf die deutschen Regelungen hat diese Änderung unter den bestehenden Rahmenbedingungen keine entscheidenden praktischen Auswirkungen.

[154] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Abschnitt 4.1.1.4.

[155] Für den Bezug aus dem 50-Hz-Netz besitzt die DB Energie GmbH einen eigenen Bilanzkreis, der in das Bilanzkreissystem der Übertragungsnetzbetreiber eingebunden ist.

GmbH das Risiko einer zeitversetzten Abnahme von Energie.[156] Beim Netznutzungsmodell entstehen den Eisenbahnverkehrsunternehmen sowohl bei einer Über- als auch bei einer Unterspeisung Kosten, die nach einem starren Ausgleichsenergiepreissystem berechnet werden. Dabei wird positive Ausgleichsenergie derzeit mit 1 ct/kWh vergütet, während negative Ausgleichsenergie unabhängig vom Gesamtbilanzkreissystem mit 7,5 ct/kWh berechnet wird.[157] Die Bestimmungen werden insbesondere dann relevant, wenn ein Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einer anderen Zeit fährt, als fahrplanmäßig vorgesehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Kosten auch anfallen, wenn die Ursache für die Abweichung vom Fahrplan beim Infrastrukturbetreiber zu finden ist. Nach Angaben von Wettbewerbern tragen die bestehenden Ausgleichsenergiebestimmungen maßgeblich dazu bei, dass die Bahnstrom-Vollversorgung derzeit für Eisenbahnverkehrsunternehmen die deutlich günstigere Alternative darstellt.

Die dargestellten Bestimmungen der DB Energie GmbH unterscheiden sich erheblich von den üblichen Regelungen des Strommarktes, wo keine starren Ausgleichsenergiepreise existieren, sondern variable Preise symmetrisch für Über- und Unterdeckung in Rechnung gestellt werden und dabei gemäß § 8 Absatz 2 Satz 2 StromNZV die für die Beschaffung von bestimmten Regelleistungen entstandenen Arbeitskosten auf die Ausgleichsenergieentgelte umgelegt werden. Auf dieser Grundlage gelten viertelstundenscharfe Ausgleichsenergiepreise.[158]

157. Da nun künftig das Energiewirtschaftsgesetz und insbesondere die §§ 22, 23 EnWG im Bahnstromnetz zur Anwendung kommen, ist nach Ansicht der Monopolkommission das heutige Berechnungssystem der DB Energie GmbH nicht haltbar. Nach § 8 Absatz 2 StromNZV müssen Ausgleichsenergiepreise zum einen symmetrisch für Über- und Unterdeckungen eines jeden Bilanzkreises zur Anwendung gebracht werden; zum anderen dürfen auf die Ausgleichsenergiepreise – wie dargestellt – nur bestimmte Regelkosten umgelegt werden. Durch die Umsetzung dieser Vorgaben könnte ein bedeutender Kostennachteil der Kombination der Bahnstrom-Netznutzung mit einer Strombeschaffung am Energiemarkt gegenüber der Bahnstrom-Vollversorgung zukünftig entfallen.

158. Problematisch erscheint jedoch weiterhin, dass im Falle des Fremdbezugs von Bahnstrom Diskriminierungsmöglichkeiten bei Schiene und Strombezug verknüpft werden. Da sich die Menge der benötigten Ausgleichsenergie z. B. aufgrund von Fahrplanänderungen und durch Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht beeinflussbare Verzögerungen erhöhen kann, erscheint eine viertelstündlich genaue Kalkulation der benötigten Strommengen durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen problematisch.[159] Da sich besonders bei kleinen Eisenbahnverkehrsunternehmen die zeitlichen Abweichungen des Verbrauchs verschiedener Züge nur in deutlich geringerem Maße gegenseitig ausgleichen können, ist hier das Kostenrisiko für die Ausgleichsenergie besonders hoch. Infolge dieser Situation kommt ein Fremdbezug insbesondere für kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen möglicherweise auch bei deutlich geringeren Netzentgelten nicht infrage.

2.1.3.3 Mögliche Wettbewerbshindernisse bei der Rückspeisung von Bremsstrom

159. Ein weiteres, in den letzten Jahren zunehmend diskutiertes Problem der wettbewerblichen Voraussetzungen der Bahnstromversorgung betrifft die sog. Rückspeiseenergie. Elektrisch angetriebene Triebfahrzeuge ermöglichen eine Rückgewinnung elektrischer Energie beim Bremsen. Diese Bremsenergie kann durch entsprechend ausgestattete Fahrzeuge in das Fahrleitungsnetz zurückgespeist werden. Seit den 1990er Jahren werden neue Triebfahrzeuge standardmäßig mit entsprechender Bremsenergierückspeisung ausgestattet. Wettbewerber der Deutschen Bahn AG im Güter- und Personenverkehr fahren, soweit sie elektrische Traktion nutzen, praktisch ausschließlich mit rückspeisefähigen Fahrzeugen, während die Deutsche Bahn AG weiterhin einen nicht unerheblichen Anteil nicht rückspeisefähiger Altfahrzeuge im Einsatz hat.

160. Die tatsächliche Rückspeisequote, d. h. das Verhältnis des bezogenen Fahrstroms zum zurückgespeisten Bremsstrom, ist allgemein sehr stark von der jeweiligen Zugfahrt und insbesondere den geografischen Verhältnissen und dem Fahrplan abhängig. Dabei erreicht der Schienenpersonennahverkehr wegen des kurzen Haltestellenabstands die höchsten Rückspeisequoten. Im S-Bahn-Verkehr können Triebwagen etwa 30 Prozent der eingesetzten Energie wieder zurückspeisen, während im Güterverkehr nur ca. 10 Prozent erreichbar sind. Insgesamt wird nach Angaben des Nachhaltigkeitsberichts[160] der Deutschen Bahn AG eine Rückspeisequote von etwa 8 Prozent erreicht.[161]

161. Für durch Triebfahrzeuge zurückgespeisten Bahnstrom erhält das Eisenbahnverkehrsunternehmen eine Vergütung. Nach dem Rahmenstromliefervertrag der Bahnstrom-Vollversorgung der DB Energie GmbH beträgt die Vergütung für Bremsstrom derzeit im Durchschnitt etwas mehr als 45 Prozent des Arbeitspreises für

---

[156] Vgl. DB Netze, Bahnstrom-Vollversorgung, Leistungen für die Bahnstromversorgung, http://www.dbenergie.de/site/dbenergie/de/leistungen/bahngleichstrom/bahnstrom__gleichstrom__vollversorgung.html [Abruf: 1. Juni 2011].

[157] Die Netzentgelte werden derzeit von der DB Energie GmbH überarbeitet, sodass keine näheren Informationen verfügbar sind.

[158] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 59, a. a. O., Abschnitt 4.1.1.4.

[159] Das Anreizsystem zur Verhinderung von Störungen der DB Netz AG soll dafür sorgen, dass entstehende Kosten für Verzögerungen im Betriebsablauf dem jeweiligen Verursacher angelastet werden. Dieses System ist jedoch weitgehend wirkungslos. Vgl. Abschnitt 2.2.2.5.

[160] Vgl. Deutsche Bahn AG, Nachhaltigkeitsbericht 2009, Berlin, Juni 2009, S. 153.

[161] Unklar ist, ob dabei auch konzernunabhängige Unternehmen erfasst sind, die zusammen etwa 10 Prozent des gesamten Bahnstroms verbrauchen.

regulären Bahnstrom.[162] Die Eisenbahnverkehrsunternehmen zahlen also nicht ihren tatsächlichen Gesamtverbrauch in Höhe der Differenz zwischen bezogenem Fahrstrom und zurückgespeistem Bremsstrom, sondern bezahlen den Fahrstrom und erhalten für die Bremsenergie einen Teil dieses Preises zurück. Wettbewerber der Deutschen Bahn AG sehen diese Vergütung als zu niedrig und deshalb als diskriminierend an.[163]

162. Obwohl der Bahnstrompreis im Gegensatz zum Netzzugang auch nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs, wonach das Bahnstromnetz dem Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes unterliegt, weiterhin nicht reguliert wird, hat das Urteil durchaus Auswirkungen auf die Regulierungsmöglichkeit der Rückspeisevergütung. Diese unterliegt nach dem Energiewirtschaftsgesetz in Verbindung mit der Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV) der Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Nach § 18 Absatz 1 Satz 1 und 2 StromNEV erhalten Betreiber von dezentralen Erzeugungsanlagen vom Betreiber des Elektrizitätsverteilernetzes, in dessen Netz sie einspeisen, ein Entgelt. Dieses Entgelt muss den gegenüber den vorgelagerten Netz- oder Umspannebenen durch die jeweilige Einspeisung vermiedenen Netzentgelten entsprechen. Die Bundesnetzagentur sollte demnach prüfen, ob die gezahlten Vergütungen mit den Einsparungen der Deutschen Bahn AG übereinstimmen.

163. Um beurteilen zu können, ob die derzeitige Vergütung für zurückgespeisten Bremsstrom missbräuchlich ist, ist zu bewerten, in welchem Umfang die zurückgespeiste Bremsenergie nutzbar ist und den Erzeugungsbedarf reduziert und welche zusätzlichen Kosten dessen Nutzung verursacht.

Für den Wert des zurückgespeisten Stroms ist insbesondere wichtig, inwieweit dieser für andere Verbraucher nutzbar ist. Das deutsche Oberleitungsnetz weist im Gegensatz zu Netzen anderer Länder kaum Trennstellen durch verschiedene Versorgungsabschnitte auf und ist weitestgehend durchgeschaltet. Dies ermöglicht es, die elektrische Nutzbremse jederzeit unterbrechungsfrei zu verwenden und den zurückgespeisten Strom anderen Verbrauchern vergleichsweise problemlos zur Verfügung zu stellen, da keine technischen Hürden und Hindernisse existieren, die den Weg des beim Bremsen gewonnenen Stroms behindern oder nennenswerte Leitungs- oder Umformungsverluste verursachen.[164] Die Bremsenergie verbleibt nach Angaben von Experten dabei im Fahrleitungsnetz und reduziert somit die Einspeisung aus dem Hochspannungsnetz. Die Energie muss also typischerweise nicht zurück in die Hochspannungsversorgung gespeist werden, was mit zusätzlichen Kosten verbunden wäre.[165] Damit verbleibt der Bremsstrom bei der DB Netz AG und geht nicht zurück an die für die Hochspannungsleitungen zuständige DB Energie GmbH. Laut Angaben von Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG, die sich auf Aussagen von Prof. Dr. Arnd Stephan der TU Dresden und ein Gutachten im Auftrag des Raileco Rail Energy Consortium[166] stützen, wird Bremsstrom mit einem Leitungsverlust von 0 bis 4 Prozent von anderen Verbrauchern im Fahrleitungsnetz der DB Netz AG aufgenommen.[167] Auch die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass Rückspeisungen im zentralen Bahnstromnetz zu einem hohen Anteil nutzbar sind. Die Deutsche Bahn AG spricht dagegen von deutlich höheren Verlusten. In ihrem Nachhaltigkeitsbericht schreibt die Deutsche Bahn AG allerdings: „Jede zwölfte Kilowattstunde des Stroms, der durch die Oberleitungen fließt, verwendet die DB zwei Mal."[168] Die Angabe, dass der Strom zweimal verwendet wird, deutet darauf hin, dass der Bremsstrom fast vollständig nutzbar ist. Durch zurückgeführte Energie muss entsprechend weniger Strom von der DB Energie GmbH in die Fahrleitung eingespeist werden.

164. Der Wert des Stroms wird maßgeblich vom Zeitpunkt und der Planbarkeit seiner Bereitstellung bestimmt. Entscheidend ist, welche Kosten die DB Energie GmbH durch Rückspeisungen einspart. Dementsprechend macht die Deutsche Bahn AG für die geringe Rückspeisevergütung geltend, dass die Einleitung des Bremsstroms nicht planbar sei und daher einen hohen Bedarf an Regelener-

[162] Der Arbeitspreis für Bahnstrom, in dem Netznutzung, Energielieferung, Messung und Verrechnung sowie die aus den Vorschriften des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG) resultierenden Belastungen enthalten sind, wird nach Zeitzonen differenziert. Ohne Berücksichtigung von mengenbezogenen Rabatten beträgt der Arbeitspreis im Hochtarif derzeit (seit dem 1. Januar 2011) 13,2 ct/kWh, die Vergütung für Bremsstrom 6 ct/kWh, im Mitteltarif ist das Verhältnis 11,45 ct/kWh zu 5,5 ct/kWh und im Niedertarif beträgt der reguläre Arbeitspreis 10 ct/kWh, die Vergütung für Bremsstrom 4,8 ct/kWh. Auf den Arbeitspreis werden – wie dargestellt – Rabatte von bis zu 9 Prozent gewährt. Dazu wird ein Zuschlag nach § 37 Absatz 1 Satz 1 EEG von 0,7 ct/kWh bzw. in Ausnahmefällen von 0,08 ct/ kWh erhoben.

[163] Die Höhe der Rückspeisevergütung je Kilowattstunde fällt zwar für die Züge der Deutschen Bahn AG und diejenigen von Wettbewerbern symmetrisch an. Aufgrund der integrierten Struktur des DB-Konzerns stellen die Entgelte der DB Energie GmbH für die Transporttöchter der Deutschen Bahn AG jedoch nur konzerninterne Umbuchungen dar, während zu niedrig angesetzte Entgelte Wettbewerber direkt benachteiligen würden. Hinzu kommt, dass die Deutsche Bahn AG über relativ weniger rückspeisefähige Züge verfügt und damit im Durchschnitt weniger durch eine möglicherweise zu niedrige Vergütung benachteiligt wird.

[164] Der Bremsstrom kann prinzipiell nicht nur durch andere Fahrzeuge genutzt werden, sondern auch für fahrzeuginterne Verbraucher, Weichenheizungen und zur Vorwärmung von Wagons dienen. Es existiert auch die Möglichkeit, dass ein fahrzeugeigener Energiespeicher auf einigen Teilstrecken einen fahrleitungsunabhängigen Betrieb gewährleistet.

[165] Generell ist der Lastfluss zurückgespeister Bremsenergie vom Fahrleitungsnetz über das 110-kV/16,7-Hz-Netz technisch problemlos möglich.

[166] CONSENTEC Consulting für Energiewirtschaft und -technik GmbH, Bewertung von Rückspeisungen in das Bahnstromnetz, Kurzgutachten im Auftrag von Raileco Rail Energy Consortium, Aachen, 16. März 2010.

[167] Bezogen auf den reinen Verlust der Einspeisung wird teilweise von geringeren Verlusten als bei der regulären Netzeinspeisung ausgegangen; vgl. Hope, R., UltraCaps win out in energy storage, Railway Gazette International, Juli 2006, Nr. 07, S. 405-406, sowie Steiner, M./Scholten, J./Klohr, M., MITRAC Energy Saver, Bombardier Transportation (Hrsg.), 2006, S. 6 f.

[168] Vgl. Deutsche Bahn AG, Nachhaltigkeitsbericht 2009, a. a. O., S. 153.

gie verursache. Fraglich ist, ob eine erhöhte Lastdynamik bei zunehmender Rückspeisung den Einsatz von mehr Regelleistung bei der Energieerzeugung erfordert. Allgemein ist davon auszugehen, dass Abweichungen gegenüber dem fahrplanmäßig sehr genau planbaren Bedarf (inkl. Rückspeisung) nur zu einem geringen Teil durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst beeinflusst werden kann und zu einem großen Teil auf Abweichungen vom Fahrplanbetrieb zurückzuführen ist. Es ist fraglich, ob die Einspeisung von Bremsenergie signifikante Verstärkungen der Schwankungen des Nettoverbrauchs auslösen kann, wenn die Zahl der fahrenden Züge hinreichend groß ist. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur wird der zu erwartende Anteil zurückgespeister Energie bei zunehmendem Einsatz neuer Fahrzeuge, die alle rückspeisefähig sind, immer kalkulierbarer. Generell ist davon auszugehen, dass Züge für das Beschleunigen eine deutlich größere Strommenge benötigen, als durch das Abbremsen zurück ins Netz gespeist werden kann, sodass Abweichungen vom Fahrplan größere Auswirkungen auf den außerplanmäßigen Verbrauch haben als die Rückspeisung. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass durch einen integralen Taktfahrplan mit sog. Taktknoten (zu runden Minutenzeiten) mit synchronisierten Abfahrten und Ankünften das dadurch synchrone Bremsen und damit das Zurückspeisen von Energie theoretisch sogar zu negativem Verbrauch führen könnte. Da der Güterverkehr jedoch unabhängig von einem solchen Fahrplan fährt und im S-Bahn-Betrieb keine Taktknoten existieren, ist es fraglich, ob ein integraler Taktfahrplan eine solche Situation erzeugen kann. Die Wahrscheinlichkeit dafür steigt in jedem Fall mit dem Realisierungsgrad eines integralen Taktfahrplans. Insgesamt kann nicht abschließend beurteilt werden, ob und in welchem Umfang zunehmende Rückspeisung den Einsatz von mehr Regelleistung bei der Energieerzeugung erfordert. Allgemein gilt jedoch: Je höher die Zahl der Züge und die Anzahl der Verkehrsarten sind, desto geringer sind die auftretenden Schwankungen und die Steigerung der Schwankungen durch Bremsenergie.

165. Fraglich ist zudem, ob neben dem Strompreis die Entgelte für die Netznutzung zurückerstattet werden müssen. Einerseits erscheint es folgerichtig, Einspareffekte bei den Infrastrukturkosten bei der Vergütung der Rückspeiseenergie mit zu berücksichtigen. Der wirtschaftliche Wert des zurückgespeisten Stroms entspricht allgemein den vermiedenen Beschaffungskosten der Deutschen Bahn AG, welche nicht allein dem Preis des zum Triebfahrzeug gelieferten Stroms entsprechen. Da eine Rückspeisung in die Hochspannungsnetze typischerweise nicht erfolgt, sondern de facto weniger Strom zur Versorgung der Züge transportiert werden muss, darf deshalb nicht nur der reine Energiepreis vergütet werden. Vielmehr würde danach auch das Netznutzungsentgelt von bisher 6,61 ct/kWh eingespart.

Andererseits muss jedoch die Kalkulation des Zugangsentgelts berücksichtigt werden, um die durch die Rückspeisung vermiedenen Kosten korrekt zu ermitteln. In dem Entgelt sind neben variablen Kosten insbesondere auch anteilige Fixkosten aus der Vorhaltung der Bahnstrominfrastruktur, Leistungskosten der Energiebeschaffung sowie Vertriebs- und Abrechnungskosten enthalten. Wird die Umlage der Fixkosten auf die Netzentgelte nicht um den durch die Rückspeisung verringerten Energiebedarf bereinigt, so fallen diese Fixkosten auch bei verringertem Strombezug weiter in vollem Umfang an und dürfen nicht rückvergütet werden.

Auch wenn durch eine Rückspeisung keine weiteren Kosten anfallen und der Strom vollständig genutzt werden könnte, kann die Vergütung für Bremsstrom aufgrund der daraus resultierenden fallenden Durchschnittskosten nicht genauso hoch sein wie der zu zahlende Preis.[169]

166. Vor dem dargestellten Hintergrund sieht die Monopolkommission im Ergebnis Anzeichen dafür, dass die Vergütung für zurückgespeisten Bremsstrom niedriger sein könnte als der Nutzen, welcher der Deutschen Bahn AG durch die Rückspeiseenergie entsteht. Die Bundesnetzagentur sollte dazu eine detaillierte Analyse der erzielbaren Kosteneinsparungen auf Basis der Informationen aus der Kostenprüfung der Netzzugangsentgelte durchführen.

2.1.3.4 Fazit: Regulierung des Bahnstromsektors mittels bahnspezifischer Lastprofile

167. Die Regulierung des Zugangs zum Bahnstromsektor für Eisenbahnverkehrsunternehmen ist seit Jahren unzureichend. Bis heute sind Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Versorgung mit Bahnstrom an einen einzelnen Anbieter gebunden. Trotz einer Analyse wichtiger Probleme im letzten Sondergutachten der Monopolkommission zum Eisenbahnsektor wurden durch den Gesetzgeber bisher keine Schritte unternommen, um eine Verbesserung der Wettbewerbssituation herbeizuführen.[170] Insbesondere die von der Monopolkommission beim Gesetzgeber angemahnte Klarstellung, die Bahnstromfernleitungen aus der Definition der Eisenbahn infrastruktur herauszunehmen, wurde nicht umgesetzt.

168. Die Monopolkommission sieht jedoch vor allem durch das Urteil des Bundesgerichtshofs die Chance gegeben, dass durch die Regulierung der Entgelte für den Netzzugang bessere Voraussetzungen für den Zugang zur Bahnstromnetzinfrastruktur geschaffen werden. Eine zielgenaue Regulierung der Entgelte könnte Eisenbahnverkehrsunternehmen zukünftig wettbewerbliche Alternativen bei der Stromversorgung und einen verbesserten Zugang zum Energiemarkt verschaffen. Trotz dieser Entwicklung verbleiben nach Auffassung der Monopolkommission weiterhin erhebliche Wettbewerbshindernisse im

[169] Die DB Energie GmbH begründet die niedrige Vergütung außerdem damit, dass die Rückspeisung hohe Investitionen in die Leitungsnetze erfordere, was bei der Erstattung berücksichtigt werden müsse. Solche Investitionen würden allerdings bei der DB Netz AG anfallen und sind bisher nicht in nennenswertem Umfang getätigt worden.

[170] Im Koalitionsvertrag wurde prinzipiell ein Regulierungsbedarf des Bezugs von Bahnstrom festgestellt, bisher sind diesbezüglich jedoch keine konkreten Handlungen erfolgt; vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, a. a. O., S. 38.

Bereich Bahnstrom. Dabei bleibt zum einen abzuwarten, ob kurzfristig eine wirksame Regulierung der Zugangsentgelte zum Bahnstromnetz erfolgen kann. Wegen seiner technischen Besonderheiten weist das Bahnstromnetz verschiedene Abweichungen gegenüber konventionellen Stromnetzen auf, sodass hier eine geringe Vergleichbarkeit mit Industriestromnetzen vorliegt und Regulierungserfahrungen erst gewonnen werden müssen.

169. Vor allem für kleine Eisenbahnverkehrsunternehmen bzw. für Neulinge im Markt stellt sich zudem das Problem der Ausgleichsenergieentgelte. Während beim Produkt Bahnstrom-Vollversorgung die DB Energie GmbH das Risiko einer zeitversetzten Abnahme von Energie selbst trägt und damit etwa Zugverspätungen nicht zu einer Beanspruchung von Ausgleichsenergie führen, ist dies bei der Bahnstrom-Netznutzung nicht der Fall. Hier fallen Ausgleichsenergieentgelte beim Netzbetreiber an. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass im Bahnsektor die Eisenbahnverkehrsunternehmen in vielen Fällen Verspätungen nicht selbst zu verantworten haben, sondern die Gründe für die Verspätung bei anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen oder beim Betreiber der Infrastruktur zu suchen sind. Damit übertragen sich die spezifischen Diskriminierungspotenziale des Bahnsektors auf die Energieversorgung.

170. Weiterhin kann die Rückspeiseenergie zumindest bis heute nur durch den Netzbetreiber sinnvoll weiterverwendet werden, indem dieser die Rückspeisung anderen Bahnen und Nutzern des Bahnstromnetzes zur Verfügung stellt. Diese Monopolstellung bei der Festlegung der Vergütung von Rückspeiseenergie ermöglicht ihm eine implizite Erhöhung der Energiepreise, indem die Rückspeisevergütung möglicherweise nicht angemessen hoch angesetzt wird, die DB Energie GmbH als Netzbetreiber jedoch effektiv weniger Strom zur Verfügung stellen muss. Auch bezüglich dieses Problems bestehen keine unmittelbaren Parallelen zur Industriestromversorgung.

171. Die Monopolkommission schlägt in diesem Zusammenhang vor, die Regulierung des Bahnstromnetzes den Spezifika dieses Sektors anzupassen. Sie empfiehlt daher, folgende Maßnahmen umzusetzen:

– Der Gesetzgeber sollte die Anwendung von Lastprofilen gemäß § 12 StromNZV für Eisenbahnverkehrsunternehmen explizit ermöglichen. Standardlastprofile werden gemäß § 12 Absatz 1 StromNZV heute nur für Endkunden mit einem Jahresverbrauch von bis zu 100 000 KWh und in begründeten Ausnahmefällen angewendet. Sie setzen einen Normverbrauch eines Durchschnittsverbrauchers täglich neu fest, nach denen die Energielieferungen erfolgen müssen. Damit entfällt das Prognoserisiko einer viertelstundengenauen Ausspeisung sowie die entsprechende Abrechnung der Ausgleichsenergiekosten bei möglichen Abweichungen. Die Monopolkommission schlägt vor, die Vorschrift des § 12 StromNZV um eine Vorgabe für Eisenbahnverkehrsunternehmen zu ergänzen, für die spezielle Bahn-Lastprofile zur Anwendung kommen.[171]

– Die Bahn-Lastprofile sind durch den Bahnstromnetzbetreiber – also die DB Energie GmbH – für jeden Verkehr nach Fahrplan (§ 9 EIBV) und für Gelegenheitsverkehre (§ 14 EIBV) zu berechnen. Dazu soll vom Netzbetreiber ein typischer, nach Zug- und Streckentyp angepasster Verbrauch für den geplanten Zeitraum der Fahrt berechnet werden. Die kumulierten Lastprofile sollen dem typischen Tageslastgang im Bahnstromnetz entsprechen.

– Das Lastprofil soll zudem nach Zug- und Streckentyp differenziert um eine typische Bremsstrommenge bereinigt werden. Der auf der Fahrt erzeugte Bremsstrom wird somit direkt mit dem Verbrauch verrechnet und nicht in die Kalkulation einbezogen. Die Berücksichtigung von Bremsstrom erfolgt nach einer bestimmten Quote, die vom Netzbetreiber festgelegt werden muss und der erwarteten Vermeidungsarbeit in Kilowattstunden entsprechen soll. Die Bundesnetzagentur sollte die angesetzte Quote regelmäßig prüfen. Eine dezidierte Vergütung der Rückeinspeisung nach § 18 StromNEV kann durch die Berücksichtigung im Rahmen der Bahn-Lastprofile entfallen.

– Eisenbahnverkehrsunternehmen bilanzieren zukünftig für ihren Verbrauch die Lastprofilmenge. Der tatsächliche Verbrauch wird im Zuge der Mehr- und Mindermengenabrechnung – wie in § 13 StromNZV für Standardlastprofilkunden in konventionellen Verteilnetzen geregelt – regelmäßig abgerechnet.

– Der Preis für Ausgleichsenergie sollte nach den Vorgaben des § 8 StromNZV symmetrisch festgelegt und von der Bundesnetzagentur geprüft werden.

– Da trotz der Anwendung von Standardlastprofilen jeder Zug über eine registrierende Leistungsmessung verfügt, durch die sowohl Stromentnahmen als auch die Bremsstromrückeinspeisung gemessen werden, könnte im Falle der speziellen Bahn-Lastprofile die Mehr-/Mindermengenabrechnung in einem kurzfristigen kontinuierlichen Rhythmus durchgeführt werden. § 12 StromNZV könnte zu diesem Zweck um eine entsprechende Regelung für Bahn-Lastprofile ergänzt werden. Eine Abrechnung der Mehr- und Mindermengen könnte z. B. wöchentlich standardisiert durch den Netzbetreiber vorgenommen werden und auf Basis von durchschnittlichen Marktpreisen für Strom erfolgen.

– Wie von der Monopolkommission bereits in ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnsektor vorgeschlagen, sollte der Zusatz „einschließlich der Bahnstromfernleitungen“ aus der Legaldefinition von

---

[171] Alternativ könnte die Anwendung der Bahn-Lastprofile auf Eisenbahnverkehrsunternehmen bis zu einem bestimmten Jahresverbrauch, z. B. 100 GWh, begrenzt werden. In diesem Fall sind die Auswirkungen auf den Regelenergiebedarf und die sachgerechte Umlage der Regelenergiekosten zwischen Lastprofil und RLM-Kunden zu prüfen.

Eisenbahninfrastrukturunternehmen in § 2 Absatz 3 AEG gestrichen werden.[172] Dadurch wird das Bahnstromfernleitungsnetz eindeutig und vollumfänglich einer regulatorischen Kontrolle von Zugang und Entgelten durch das Energiewirtschaftsgesetz ausgesetzt, was sachlich und systematisch angemessen und insbesondere nach der in Abschnitt 2.1.3.2 dargestellten Entscheidung des Bundesgerichtshofs geboten ist.

172. Die vorgeschlagenen Änderungen der Regulierung des Bahnstromnetzzugangs tragen dem Umstand Rechnung, dass es sich hierbei um ein Spannungsfeld zweier regulierter Sektoren handelt und deshalb die allgemeinen Regelungen des jeweils einen Sektors nicht zwangsläufig geeignete Bedingungen in dem jeweils anderen Sektor schaffen. Durch die dargestellte Anpassung der energierechtlichen Normen könnte jedoch ein passendes Level-Playing-Field für die Akteure im Bahnsektor geschaffen werden, sodass insbesondere Marktneulingen keine Nachteile entstehen.

2.2 Zugangsbedingungen für Schieneninfrastruktur und Serviceeinrichtungen

173. Eisenbahnverkehrsunternehmen sind von den Vorleistungen der Infrastrukturbetreiber allgemein und des mit Abstand größten Betreibers, der Deutschen Bahn AG, im Besonderen abhängig. Grundsätzliche Probleme betreffen neben der in Abschnitt 2.1 dargestellten Festsetzung der Entgelte die Gewährung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur. Der vertikal integrierte Infrastrukturbetreiber hat einen Anreiz, bestehende Spielräume zugunsten einer Steigerung des über alle Konzerngesellschaften hinweg erzielten Gewinns zu nutzen. Dies kann eine Diskriminierung der Wettbewerber und verfehlte Allokation von Ressourcen zur Folge haben.

174. Die unterschiedlichen Verkehrsleistungen stellen bezüglich des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur verschiedene Anforderungen. So sind beispielsweise für Güterverkehrsunternehmen die häufig kurzfristige Disposition von Verkehren und die starke Nutzung von verschiedenen Serviceeinrichtungen charakteristisch, während für den Schienenpersonennahverkehr die zuverlässige Planbarkeit und Gewährleistung der Taktverkehre oder der Zugang zu Werkstätten der betriebsnahen Instandhaltung von großer Bedeutung ist.[173] Im Schienenpersonenfernverkehr stellt die Sicherung marktgerechter Trassenkapazitäten eine wesentliche Markteintrittsvoraussetzung dar.[174] In allen Fällen ergeben sich für den marktmächtigen vertikal integrierten Betreiber der Infrastruktur, der gleichzeitig auch auf den nachgelagerten Märkten aktiv ist, Spielräume, konkurrierende Unternehmen beim Zugang zur Schieneninfrastruktur und den Serviceeinrichtungen zu diskriminieren.

175. Die Betreiber von Infrastruktur haben gemäß Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nicht nur anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugang zu ihrer Infrastruktur zu gewähren, sondern müssen dazu jährlich auch detaillierte Nutzungsbedingungen erlassen, die nicht geeignet sein dürfen, etwaige mit dem Infrastrukturbetreiber verbundene Unternehmen zu diskriminieren. Mit der Prüfung der Nutzungsbedingungen auf Diskriminierungsfreiheit beschäftigt sich die Bundesnetzagentur. Die folgenden Analysen zeigen, dass zahlreiche Diskriminierungsmöglichkeiten bestehen. Zusätzlich zu den Möglichkeiten der systematischen Diskriminierung über Zugangsbedingungen existieren Spielräume für eine Vielzahl einzelner und systematisch durch die Bundesnetzagentur de facto kaum erfassbarer Fälle der Diskriminierung, die sich durch den täglichen Betrieb ergeben. Im Rahmen der Regulierung sind diese Diskriminierungsmöglichkeiten kaum einzuschränken.

176. Eine Lösung der dargestellten Probleme mit dem Ziel, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu schaffen, ist nur durch eine Trennung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG zu erreichen. Dann würde den Infrastrukturunternehmen das materielle Interesse an einer Diskriminierung fehlen und die Fragen des Infrastrukturzugangs wären der Koordination durch den Markt unterworfen. So hätte der unabhängige Infrastrukturanbieter ein Interesse, solange die Qualität zu steigern, wie der dadurch steigende Absatz von Infrastrukturleistungen, unabhängig vom konkreten Nachfrager, die damit verbundenen Kosten kompensiert. Solange die eigentumsrechtliche Trennung von Infrastruktur- und Transportunternehmen nicht erfolgt ist, müssen die Pflichten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen bei der Zugangsgewährung reguliert werden. Dazu sind exakte Vorgaben zu machen, die Diskriminierungsmöglichkeiten einschränken. Die Vorgaben sind nach Bedingungen auszurichten, die bei einem unverfälschten Angebot bestehen würden.

2.2.1 Probleme der Informationspolitik und Koordinierung zwischen Verkehrsunternehmen und Infrastrukturbetreibern

177. Schon seit einigen Jahren klagen Eisenbahnverkehrsunternehmen über mangelnde Informationspolitik und Koordinierung der Infrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG. Diese Mängel betreffen beispielsweise Informationen und Abstimmungen zu Baumaßnahmen, Informationen zur fahrplantechnischen Infrastruktur, Kapazitäten von Schienentrassen und Zugbildungsanlagen sowie den Zugverkehren auf den Strecken.

178. Bis vor Kurzem erhielten die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG durch Zugang zu den Betriebszentralen der DB Netz AG häufig schnellere und detailliertere Informationen über den Zugverkehr auf den Strecken als Wettbewerber und hatten dadurch wesentliche Vorteile bezüglich der eigenen Pünktlichkeit und Kosten. Auch konnten die Entscheidungen der Disponenten der DB Netz AG nicht daraufhin verfolgt werden, ob die Schwesterunternehmen beispielsweise beim

[172] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 253.
[173] Vgl. Kapitel 5 bzw. 3.
[174] Vgl. Kapitel 4.

Abbau von Verspätungen bevorzugt wurden. Die Bundesnetzagentur hat mit Bescheid vom 25. Februar 2010 die DB Netz AG verpflichtet, interessierten Wettbewerbern des DB-Konzerns Zugang zu den unternehmenseigenen Betriebszentralen einzuräumen und gleichzeitig sämtliche Informationen, die Eisenbahnverkehrsunternehmen aufgrund ihrer Anwesenheit in den Betriebszentralen erhalten, auch den externen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu übermitteln. Die DB Netz AG hatte zunächst Widerspruch gegen den Bescheid eingelegt, den Widerspruch aber später zurückgenommen. Im Zuge der begonnenen Umsetzung des Bescheids wurde LeiDis-NK[175] bereits um zahlreiche Angaben erweitert und noch in diesem Jahr sollen alle Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dieselben Informationen zugreifen können. Der Prozess ist jedoch noch nicht abgeschlossen. Zum jetzigen Zeitpunkt kann daher noch keine Aussage darüber getroffen werden, inwieweit die Maßnahmen geeignet sind, den Zugverkehr transparenter und diskriminierungsfreier zu machen.

179. Wiederholt gab es in der Vergangenheit Beschwerden von Unternehmen über ungenügende und zu kurzfristige Informationen zu gravierenden Baumaßnahmen, die zu unvorhergesehenen Verspätungen, hohen Kosten und Unzufriedenheit der Kunden führten. Aus diesem Grund hat die DB Netz AG bereits 2008 in enger Abstimmung mit der Bundesnetzagentur ein neues Regelwerk erarbeitet. Nach diesem Regelwerk „Fahren und Bauen“ werden Baumaßnahmen vermehrt im Netzfahrplan berücksichtigt und Informationen zu Baustellen frühzeitiger bekannt gegeben. Die Bundesnetzagentur verpflichtete dazu die DB Netz AG, das Regelwerk in ihre Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) aufzunehmen und weiter zu verbessern. Die DB Netz AG lehnte dies ab und strengte ein Klageverfahren an. Am 19. November 2010 schlossen Bundesnetzagentur und DB Netz AG schließlich vor dem Verwaltungsgericht Köln einen Prozessvergleich. Dadurch akzeptierte das Unternehmen den Bescheid der Behörde in nahezu allen wichtigen Punkten, sodass dieser bestandskräftig wurde.[176]

180. Die neu eingeführten Baukorridore bedeuten nach Auskunft von Marktteilnehmern eine Verbesserung der Information, Abstimmung und Fahrplanerstellung bei Baumaßnahmen. Das neue System ermöglicht eine deutlich bessere Planbarkeit, da die Korridore bereits bei der Trassenvergabe eingeplant werden. Dadurch können den Eisenbahnverkehrsunternehmen allerdings Mehrkosten entstehen, da die Infrastrukturentgelte der Umfahrung zu entrichten sind und diese höher sein können als die der gewünschten, durch Baumaßnahmen blockierten Trasse. Außerdem wird bemängelt, dass sich die Detailplanung weiterhin schwierig gestalte.

181. Die Regelungen zur Baumaßnahmenplanung stellen nach Ansicht der Monopolkommission eine deutliche Verbesserung gegenüber der früheren Situation dar, da das neue System die Interessen der Eisenbahnverkehrsunternehmen stärker berücksichtigt und eine höhere Transparenz und damit Planungssicherheit bietet. Durch die Offenlegung der Regelungen können Wettbewerber nun verfolgen, ob die DB Netz AG die in der Richtlinie „Fahren und Bauen“ festgelegten Regeln anwendet und gegebenenfalls Beschwerden an die Bundesnetzagentur richten. Bisher bestehen nach Angaben von Beteiligten allerdings noch einige Probleme bei der Umsetzung der neuen Regelungen, sodass es in diesem Zusammenhang derzeit noch zu relativ vielen Beschwerden durch Wettbewerber der Deutschen Bahn AG kommt.

182. Auch unabhängig von den neuen Regelungen ergeben sich Möglichkeiten zur Diskriminierung. Ein Indiz dafür sind die der Bundesnetzagentur weiterhin vorgetragenen Beschwerden. Diese resultieren unter anderem daher, dass die DB Netz AG die Interessen der Zugangsberechtigten bei der Planung der Baumaßnahmen nicht explizit berücksichtigt, sondern eigenständig entscheidet, in welcher Form Bauvorhaben durchgeführt werden (z. B. ob ein- oder zweigleisig). Dabei berücksichtige der Schienenwegbetreiber nur Kosten und Nutzen für die DB Netz AG bzw. den DB-Konzern und nicht die Folgen, die ein bestimmtes Baustellenmanagement für die nicht zur Deutschen Bahn AG gehörenden Eisenbahnverkehrsunternehmen hat. Im ungünstigsten Fall könnten die den Eisenbahnverkehrsunternehmen zusätzlich entstehenden Trassenkosten sogar die Anreize der DB Netz AG verzerren.

183. Nach Auffassung der Monopolkommission können die allgemein bemängelten Koordinierungs- und Informationsprobleme sowohl durch Ineffizienzen als auch eine systematische Diskriminierung verursacht werden.

Die DB Netz AG führt aufgrund des derzeitigen Zustands der Infrastruktur ständig eine große Zahl an Baumaßnahmen durch. Im Zuge dessen kann es zu Ineffizienzen bei der Zusammenarbeit mit Eisenbahnverkehrsunternehmen kommen.[177] Der DB-Konzern hat durchaus ein gewisses ökonomisches Interesse daran, diese Ineffizienzen zu beheben. Dies ist insbesondere auf den Strecken der Fall, wo die Eisenbahnverkehrsunternehmen in intermodalem Wettbewerb stehen.

Die Deutsche Bahn AG hat allerdings auch ein Interesse daran, innerhalb des Konzerns die Kosten der Bauvorhaben zu minimieren. Dies könnte dazu führen, dass bei der Planung der Bauvorhaben zunächst die Interessen der eigenen Verkehrsgesellschaften berücksichtigt werden und die der Wettbewerber nachrangig behandelt oder im Interesse der Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG Wettbewerber sogar aktiv behindert werden. So wird immer wieder der Verdacht geäußert, dass Langsamfahrstellen oder Baustellen gerade auf Wettbewerberstrecken errichtet bzw. zeitlich ausgedehnt werden und dass

[175] LeiDis-NK ist das Netzdispositionssystem der DB Netz AG. Damit wird den Eisenbahnverkehrsunternehmen das aktuelle Betriebsgeschehen in Echtzeit zur Verfügung gestellt.

[176] Vgl. BNetzA, Mitteilung vom 23. November 2010, Baustellen auf dem Netz der DB AG.

[177] Nach Angaben von Marktteilnehmern ist der Informationsaustausch insbesondere dann schwierig, wenn zur Kommunikation mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen Kundenbetreuer involviert sind und so kein direkter Austausch von Experten der Unternehmen stattfindet.

bei baustellenbedingten Engpässen Züge des DB-Konzerns Vorrang erhalten. Der Nachweis eines solchen Verhaltens durch die Bundesnetzagentur ist dabei kaum möglich und bisher nicht erfolgt. Allerdings ist festzuhalten, dass seitens der Eisenbahnverkehrsgesellschaften der Deutschen Bahn AG der Bundesnetzagentur keine Beschwerden zur Baustellenplanung vorgetragen wurden. So wurden auch keine Probleme bei Umsetzung des Regelwerks „Fahren und Bauen“ bemängelt, obwohl derartige Hindernisse höchstwahrscheinlich auch gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns entstehen. Daraus könnte geschlossen werden, dass diese Probleme konzernintern anders behandelt werden als zwischen DB Netz AG und anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen.

184. Des Weiteren gibt es Hinweise auf Wettbewerbsverzerrungen im Hinblick auf das von der DB Netz AG für die Baubetriebsplanung eingesetzte Programm „BBP“, in dem die gesamte Baubetriebsplanung durchgeführt wird, sodass alle Informationen über den Planungsprozess in Echtzeit zur Verfügung stehen. Es besteht der Verdacht, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns auf dieses Programm und die darin enthaltenen Informationen zugreifen können. Dadurch könnten sie den Gang der Entscheidungen und deren Grundlagen nachvollziehen und konkrete Vorschläge unterbreiten. Die DB Netz AG bestreitet dieses Zugriffsrecht. Vergleichbare Probleme der Überprüfbarkeit von EDV-gestützten Vorgängen von Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Deutschen Bahn AG könnten auch im Hinblick auf die Trassenvergabe oder Trassenbestellung bestehen. Die Regulierungsbehörde hat in diesen Fällen praktisch keine Möglichkeit nachzuprüfen, wer auf welche Informationen zugreifen kann. Dies zeigt die Grenzen der Regulierung.

185. Zusätzlich zu den dargestellten Problemen im operativen Betrieb existieren Intransparenzen bei der Vergabe von Schienentrassen, Informationsmängel hinsichtlich der fahrplantechnischen Infrastruktur und fehlende Kapazitätsinformationen bei Zugbildungsanlagen.[178] Insgesamt zeigt sich, dass es trotz der verbesserten Situation in Bezug auf die Baustellenplanung weiterhin Diskriminierungsmöglichkeiten hinsichtlich der Informations- und Koordinierungspolitik zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturbetreibern bestehen. Diese sind durch eine Regulierung praktisch kaum einzuschränken.

2.2.2 Schienentrassenvergabe und -nutzung

186. Der Zugang zu Schieneninfrastruktur stellt ein elementares Vorprodukt der Schienenverkehrsleistungen dar. Sowohl die Verfügbarkeit von Trassen als auch die Vergabe der Nutzungsrechte haben daher wesentlichen Einfluss auf die Marktposition bestehender und die Marktchancen neuer Anbieter.

Der Zugang zu Trassen erfolgt entweder im Rahmen des Regelverkehrs durch die jährliche Anmeldung zum Netzfahrplan oder im Rahmen des Gelegenheitsverkehrs, bei dem kurzfristig Trassen zur Verfügung gestellt werden, die nicht bereits durch den Jahresfahrplan oder andere Gelegenheitsverkehre vergeben worden sind. Der Netzfahrplan, in den der Regelverkehr eingebunden ist, wird von der DB Netz AG erstellt. Der Plan gilt immer ein Jahr und tritt europaweit am zweiten Samstag im Dezember in Kraft (Fahrplanwechsel gemäß § 8 Absatz 2 EIBV). Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan müssen derzeit spätestens acht Monate vor Fahrplanbeginn von den Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Netzbetreiber eingereicht werden. Die DB Netz AG ist in der Folge aufgefordert, alle Trassenbestellungen im Fahrplan zu koordinieren.

Im Falle konkurrierender Anmeldungen muss der Infrastrukturbetreiber diese innerhalb eines Konstruktionsspielraums ausgleichen. Im Zuge der Planung des Jahresfahrplans kommt es zu einer Vielzahl solcher Konflikte. Im Regelfall werden diese im Koordinierungsverfahren nach § 9 Absatz 3 EIBV einvernehmlich gelöst. Zum Netzfahrplan 2011 lagen der DB Netz AG nach eigenen Angaben 55 991 Trassenanmeldungen der Zugangsberechtigten vor. Innerhalb der Netzfahrplanerstellung hat das Unternehmen 12.500 Trassenkonflikte im Rahmen des Koordinierungsverfahrens lösen können. Falls dieses Verfahren ergebnislos endet, muss die Trasse gemäß § 9 Absatz 4 bis 6 EIBV nach fest vorgegebenen Vorrangregeln vergeben werden.[179] Die Bundesnetzagentur ist nach § 14d Satz 1 Nummer 1 AEG über alle beabsichtigten Trassenablehnungen zu unterrichten, jedoch nicht bereits in das Koordinierungsverfahren einbezogen. Im Hinblick auf den Netzfahrplan 2011 wurden der Bundesnetzagentur insgesamt neun beabsichtigte Trassenablehnungen durch die DB Netz AG vorab mitgeteilt. Im Gelegenheitsverkehr gab es im Jahr 2010 seitens der DB Netz AG eine Trassenablehnung.[180]

Zur langfristigen Absicherung von Zugangsmöglichkeiten können sich Verkehrsunternehmen auch durch Rahmenverträge gemäß § 14a AEG in Verbindung mit § 13 EIBV über fünf Jahre (bei längerfristigen Investitionen auch mehr) bestimmte Kapazitäten im Netzfahrplan sichern. Dies soll allerdings nicht zu einer vollständigen Kapazitätsrestriktion und einem Ausschluss der regulären Trassenvergabe führen.

[178] Vgl. Abschnitt 2.2.2.1 und Tz. 219.

[179] Erste Priorität hat vertakteter oder ins Netz eingebundener Verkehr, danach folgen grenzüberschreitende Trassen. An dritter Stelle sind Zugtrassen für den Güterverkehr zu berücksichtigen. Kann nach diesen Vorrangkriterien keine Entscheidung getroffen werden, bekommt nach dem Regelentgeltverfahren nach § 9 Absatz 5 EIBV diejenige Trasse den Vorrang, durch die das höhere Entgelt erzielt werden kann. Da sich in den meisten Fällen kleine Unterschiede in den Regelentgelten ergeben, ist das Höchstpreisverfahren gemäß § 9 Absatz 6 EIBV, das sich im Falle einer Gleichberechtigung der Anmeldungen nach dem Regelentgeltverfahren anschließt, von geringer praktischer Bedeutung.

[180] Im Gelegenheitsverkehr treten Konflikte seltener auf, da Trassenanmeldungen in der zeitlichen Reihenfolge des Eingangs bearbeitet werden. Ein Konflikt kann daher nur auftreten, wenn zwei Anmeldungen zeitgleich erfolgen.

2.2.2.1 Intransparenzen in Trassenbelegungsverfahren

187. Wettbewerber der Verkehrsgesellschaften der Deutschen Bahn AG bemängeln, dass die Trassenvergabe weiterhin sehr intransparent sei, da die DB Netz AG keine exakten Angaben zu bestehenden Trassenbelegungen veröffentlicht. Eisenbahnverkehrsunternehmen können daher nicht selbständig freie Trassenkapazitäten identifizieren und entsprechende Dispositionen veranlassen. So sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen auf die Zusammenarbeit mit der Deutschen Bahn AG angewiesen. Insbesondere im Schienengüterverkehr werden Transportleistungen oft kurzfristig und zeitlich begrenzt nachgefragt. Daher nutzen viele Verkehrsunternehmen Gelegenheitsverkehre. Im Rahmen dieser Verkehre sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen von einer kurzfristigen Abwicklung der Trassenvergabe durch die DB Netz AG abhängig.

188. In diesem Zusammenhang wird wiederholt die Vermutung geäußert, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns in Bezug auf die Trassenbelegung deutliche Informationsvorteile besitzen. Wie bereits im vorherigen Abschnitt zur Baustellenplanung dargelegt, ist es nicht möglich nachzuweisen, dass solche Informationsvorteile tatsächlich bestehen. Die Deutsche Bahn AG bestreitet das Vorliegen dieser Art der Diskriminierung.

189. Auch in Bezug auf die Beschaffenheit der Trassen sind die Informationen, welche die Eisenbahnverkehrsunternehmen erhalten, nur unzureichend, da § 4 Absatz 2 EIBV in Verbindung mit Anlage 2 lediglich Angaben zur „Art des Schienenwegs“ enthalten müssen. Welche konkreten Angaben zur Streckenphysik damit erforderlich sind, ist unklar.

190. Marktteilnehmer bemängeln außerdem, dass die Verhandlungsposition im Koordinierungsverfahren erheblich durch das detaillierte Fachwissen zu Zuglaufplanungen der Verhandlungspartner beeinflusst sei. Viele Eisenbahnverkehrsunternehmen seien nicht in der Lage, auf derartiges Wissen zurückzugreifen und sähen sich frühzeitig mit der Aussage konfrontiert, ihr Trassenwunsch sei nicht realisierbar. So würden viele Netzzugangskonflikte nicht der Bundesnetzagentur gemeldet, da in solchen Konflikten sehr schnell nachgegeben werde. Verbesserungen der Transparenz des Koordinierungsverfahrens seien daher nötig.

191. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass durch die fehlende Transparenz in Bezug auf die Trassenbeschaffenheit und die freien Kapazitäten signifikante Effizienzsteigerungspotenziale bei der Trassenbelegung nicht genutzt werden. Darüber hinaus sieht die Monopolkommission erhebliches Diskriminierungspotenzial. Daher ist eine höhere Transparenz der Trassenbelegung unbedingt erforderlich. Eisenbahnverkehrsunternehmen müssen sich ein möglichst umfassendes Bild über die Zugangsmöglichkeiten machen und freie Kapazitäten selbstständig identifizieren können. Aus diesem Grund hat die Monopolkommission bereits früher empfohlen, Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu verpflichten, den Zugangsberechtigten die Bildfahrpläne bzw. Zeit-Wege-Diagramme der Trassenbelegung in anonymisierter Form zugänglich zu machen, sodass freie Kapazitäten jederzeit identifiziert werden können.[181] Dazu sollte der Gesetzgeber den Eisenbahninfrastrukturunternehmen konkrete Pflichten zur Transparenz auferlegen. Zusätzlich sollte die Bundesnetzagentur stärker in die Überwachung der Trassenvergabeverfahren eingebunden werden, indem sie Informationen über Infrastruktur und Netzbelegung erhält und über Vergabeentscheidungen im Koordinierungsverfahren informiert wird.

2.2.2.2 Rahmenverträge

192. Die nachhaltige Verfügbarkeit von Trassenkapazitäten stellt insbesondere im Schienenpersonenfernverkehr eine zentrale Wettbewerbsvoraussetzung dar. Die Abhängigkeit von der jährlichen Trassenvergabe durch die DB Netz AG wird von Investoren als ein wesentliches Geschäftsrisiko eingeschätzt. Daher ist die frühzeitige Sicherstellung marktgerechter Kapazitäten eine entscheidende Investitionsvoraussetzung. Dies kann nur über Rahmenverträge erfolgen.

Rahmenverträge regeln prinzipiell nicht die konkrete Zuweisung der Trassen in den Jahren der Laufzeit, sondern nach § 13 Absatz 1 EIBV lediglich eine Bandbreite, in der eine konkrete Zuweisung im Rahmen der Erstellung des Netzfahrplans erfolgt. Die Bandbreite muss mindestens die Konstruktion von drei Zugtrassen erlauben. Gemäß § 13 Absatz 2 EIBV dürfen dabei höchsten 75 Prozent der Kapazität einer Trasse in Rahmenverträgen gebunden werden.[182] Der Abschluss von Rahmenverträgen erfolgt in Perioden mit einer Regellaufzeit von fünf Jahren. Daher können Rahmenverträge normalerweise nur alle fünf Jahre geschlossen werden. Nach § 13 Absatz 11 EIBV sind jedoch auch aperiodische Rahmenverträge möglich, die im Regelfall eine Laufzeit bis zum Ende der jeweiligen Rahmenfahrplanperiode haben.[183]

193. Insbesondere im Hinblick auf mögliche Markteintritte im Schienenpersonenfernverkehr ist zu beachten, dass ein Großteil der zu tätigenden Investitionen spezifisch ist. Da beispielsweise weiterhin kein funktionierender Gebrauchtmarkt für Rollmaterial des Schienenpersonenfernverkehrs existiert, behält das investierte Kapital

[181] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O. Tz. 188; Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 128 und 147.

[182] Die Bundesnetzagentur hat in der Vergangenheit in Bezug auf die Anwendung dieser Vorschriften einige Verfahren geführt. Sie kam zu dem Ergebnis, dass Bandbreiten zu eng bemessen wurden, sodass weniger als drei Trassen konstruierbar waren. Auch kam es zu massiven Überschreitungen der Belegungsgrenze von 75 Prozent der Kapazität, was im Wesentlichen dadurch begründet ist, dass kein verlässliches Berechnungsverfahren zur Auslastung der Kapazität durch Rahmenverträge existiert.

[183] In der Vergangenheit war der Abschluss aperiodischer Rahmenverträge nur innerhalb bestimmter Fristen möglich. Die Bundesnetzagentur verpflichtete dagegen die DB Netz AG, aperiodische Rahmenvertragsanträge jederzeit anzunehmen; vgl. BNetzA, Bescheid vom 29. April 2010, 10.030-F-10-801. Mittlerweile ist dieser Bescheid bestandskräftig.

nur im avisierten Geschäftsmodell seinen Wert. Im Falle eines vorzeitigen Marktaustritts muss daher ein erheblicher Teil des eingesetzten Kapitals abgeschrieben werden. Dies trägt zu den bestehenden sehr großen Risiken des Markteintritts in den Schienenpersonenfernverkehr bei. Aufgrund dessen ist Sicherheit in Bezug auf die Möglichkeit, das Geschäftsmodell langfristig durch Zugang zum Vorleistungsmarkt aufrechterhalten zu können, unabdingbar.

194. Bereits in ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnmarkt hat die Monopolkommission bemängelt, dass die bestehenden Rahmenvertragsregelungen die Planungssicherheit bezüglich der Trassenvergabe kaum erhöhen.[184] Insbesondere schränkt die fehlende zeitliche Flexibilität beim Abschluss der Verträge den Nutzen des Instruments ein. Eine wesentliche Investition für den Eintritt in den Verkehrsmarkt ist die in rollendes Material. Um Investitionen in Rollmaterial zu ermöglichen, müssen Rahmenverträge so frühzeitig abgeschlossen werden können, dass bis zur Aufnahme des Betriebs die Beschaffung und Zulassung der Fahrzeuge erfolgen kann. Auch binden Investoren und Banken ihre Finanzierungsbereitschaft oft an das Vorliegen von Rahmenverträgen, sodass diese zum Finanzierungszeitpunkt vorliegen müssen. § 13 Absatz 7 EIBV enthält derzeit jedoch lediglich die Forderung, „rechtzeitig" einen Zeitraum festzulegen, in welchem Anträge auf Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Rahmenvertrags gestellt werden können. Der von der DB Netz AG derzeit festgelegte Vorlauf beträgt jedoch weniger als ein Dreivierteljahr.[185]

195. Die bestehenden Regelungen der DB Netz AG erlauben nicht, dass periodische Rahmenvertragsanmeldungen bei Nichtabschluss eines vorrangigen Rahmenvertrags nachrücken. Das bedeutet, dass, wenn ein angemeldeter (und durch die Bundesnetzagentur im Rahmen des Vorabprüfungsverfahrens nach § 14e AEG nicht beanstandeter) Rahmenvertrag durch den Anmelder mit der DB Netz AG nicht geschlossen wird, dessen Trassenkapazität nicht mehr im Vergabeverfahren für periodische Rahmenverträge zur Verfügung steht. Nicht genutzte Trassenkapazitäten können daher nur noch durch aperiodische Rahmenverträge vergeben werden. Dieses Vorgehen war für die geplanten Markteintritte im Schienenpersonenfernverkehr von entscheidender Bedeutung[186] und hat den Markteintritt einer Gesellschaft um ein Jahr verzögert. Eine solche Verzögerung ist mit erheblichen Kosten für den potenziellen Marktneuling verbunden und kann in vielen Fällen dazu führen, dass die Finanzierung des Markteintritts nicht länger realisierbar ist. Das Fehlen eines Nachrückverfahrens stellt daher eine Markteintrittsbeschränkung dar, die von etablierten Unternehmen auch strategisch genutzt werden könnte.

196. Rahmenverträge verfügen rechtlich über eine schwache Wirkung im Trassenvergabeverfahren. Nach § 13 Absatz 1 Satz 5 EIBV verdrängt ein Rahmenvertrag lediglich das Höchstpreisverfahren.[187] Nach Informationen durch Marktteilnehmer werden in der Praxis Rahmenverträge derzeit im Regelfall im Koordinierungsverfahren bedient. Dennoch ist der rechtliche Status bei der Trassenvergabe ungeklärt. Somit besteht die Möglichkeit, dass die DB Netz AG die Trassenvergabepraxis im Hinblick auf Rahmenverträge ändert. Um dem vorzubeugen und so Sicherheit zu schaffen, dass Rahmenverträge langfristig Kapazitäten gewährleisten, ist eine gesetzliche Klarstellung erforderlich.

197. Im Ergebnis hält die Monopolkommission die bestehenden Regelungen weiterhin nicht für ausreichend, um insbesondere im Schienenpersonenfernverkehr Wettbewerb zu begünstigen. Daher ist eine gesetzliche Initiative nötig.

Allerdings hat die Monopolkommission bereits in ihrem letzten Sondergutachten die Problematik einer einfachen Stärkung von Rahmenverträgen dargestellt.[188] So könnte diese den Trassenvergabeprozess verkomplizieren und außerdem dem Marktführer die Möglichkeit geben, aus strategischen Gründen Trassen langfristig zu belegen, um dadurch Markteintritte zu verhindern. Um allein eine zweckgerichtete Nutzung der Rahmenverträge zu erlauben, muss aus diesen ein verstärkter Anspruch mit einer Begrenzung der grundsätzlichen Vergabe einhergehen. So sollten nur Aufgabenträger[189] und Eisenbahnverkehrsunternehmen Rahmenverträge abschließen können, die damit nachweislich spezifische Investitionen absichern möchten. Der Regulierungsbehörde sollte die Prüfung und Genehmigung obliegen.[190] Durch eine derart gestaltete Pflicht zur Genehmigung aller Rahmenverträge in Verbindung mit dem Nachweis, dass ein Großteil der zu tätigenden Investitionen irreversibel ist, hätten bereits im Markt etablierte Eisenbahnverkehrsunternehmen weniger Möglichkeiten, Rahmenverträge abzuschließen, da deren Investitionen in vielen Fällen nicht streckenspezifisch sind. Die Monopolkommission ist daher weiterhin der Auffassung, dass eine solche Regelung geeignet ist, Markteintrittsbarrieren zu senken.

Wesentliche negative Auswirkungen auf den praktischen Nutzen der Rahmenverträge gehen derzeit insbesondere vom fehlenden zeitlichen Vorlauf aus. Den Eisenbahnverkehrsunternehmen sollte daher die Möglichkeit gegeben werden, ausreichend frühzeitig Rahmenverträge abschlie-

[184] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 126 ff.

[185] Vgl. DB Netz AG, Fristen für den Abschluss und die Änderung von Rahmenverträgen mit Wirkung ab dem Netzfahrplan 2012, http://fahrweg.dbnetze.com/site/dbnetz/zubehoer__assets/de/anhaenge/nutzungsbedingungen/rahmenvertrag/fristen__rahmenvertr_C3_A4ge__snb__2011.pdf

[186] Vgl. Kapitel 4.

[187] Eine entsprechende Formulierung findet sich auch in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen 2011; vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG (SNB 2011), gültig ab 13. April 2010, S. 44.

[188] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a.a.O, Tz. 129.

[189] Obwohl Verkehre des Schienenpersonennahverkehrs am ehesten langfristig geplant werden können und Aufgabenträger vom Gesetzgeber durch die fehlende Genehmigungspflicht nach § 14a Absatz 2 Satz 3 AEG bevorzugt werden, sind Rahmenverträge für Aufgabenträger nur bedingt von Nutzen, da die integralen Taktfahrpläne nicht abgesichert werden können.

[190] Dieses Vorgehen ist vergleichbar mit dem der derzeitigen Verfahren bezüglich lang laufender Rahmenverträge nach § 14a Absatz 2 AEG.

ßen zu können, um die Finanzierungsschwierigkeiten zu verringern. Dazu muss die bestehende unbestimmte Forderung des § 13 Absatz 7 EIBV durch die konkrete Forderung eines Vorlaufs von mindestens zwei Jahren ersetzt werden.

Auch sieht die Monopolkommission keine ausreichende Begründung dafür, dass Rahmenverträge über die volle Laufzeit nur alle fünf Jahre geschlossen werden können und kein Nachrückverfahren existiert.[191] Um Markteintritte und andere Wettbewerbseffekte jederzeit zu ermöglichen, sollte der Abschluss über die volle Laufzeit unabhängig von fixen Rahmenfahrplanperioden möglich sein. Zusätzlich sollten die Stornierungsentgelte der Regulierung unterliegen. Dabei ist darauf zu achten, dass strategische Abschlüsse von Rahmenverträgen vermieden werden. Außerdem ist die Monopolkommission der Auffassung, dass eine gesetzliche Regelung erforderlich ist, welche die Betreiber von Schienenwegen verpflichtet, ein Nachrückverfahren für Rahmenverträge anzuwenden.

Die bereits im vorigen Abschnitt geforderte allgemeine Bereitstellung von Informationen bezüglich der Auslastung der Schienenwege sollte im Hinblick auf Rahmenverträge auch (anonymisierte) Details dieser Verträge wie die vereinbarten Bandbreiten und deren zeitliche Lagen sowie die Laufzeit enthalten.

2.2.2.3 Errichtung grenzüberschreitender Güterverkehrskorridore

198. Die Europäische Kommission hat 2008 die Einrichtung grenzüberschreitender Korridore vorgeschlagen, auf denen der Schienengüterverkehr besonders gefördert werden sollte. Mittlerweile wurde die Verordnung durch den Rat und das Europäische Parlament verabschiedet.[192] Auf den betroffenen Korridoren müssen die Mitgliedstaaten verstärkt zusammenarbeiten und eine einzige Anlaufstelle für Antragsteller von Schienenkapazitäten einrichten. Außerdem enthält die Verordnung Maßnahmen zum Ausbau und zur Modernisierung der Infrastruktur. Dadurch soll der Schienengüterverkehr wettbewerbsfähiger und attraktiver werden. Die ersten Korridore müssen zum Fahrplanwechsel im Dezember 2013 eingerichtet werden.

199. Eine Relativierung der bisher zumeist geltenden Prioritäten für Personenverkehr erscheint angesichts der steigenden Bedeutung des Güterverkehrs prinzipiell angemessen. Durch die Einrichtung einer einzelnen Anlaufstelle wird eine grenzüberschreitende Netzkoordinierung institutionalisiert. Dadurch verlieren die Infrastrukturbetreiber Einfluss auf die betroffenen Netzabschnitte. Dieser Wechsel von dem bisher bestehenden Marktprinzip bei der Trassenvergabe zu einem durch Verordnungsvorgaben determinierten Modell der sog. „Systemtrassen" ist aus marktwirtschaftlicher Sicht durchaus problematisch.[193] Die praktische Ausgestaltung und Handhabung der neuen Regelung wird in Zukunft zeigen, ob dieses Instrument tatsächlich geeignet ist, den Schienengüterverkehr zu stärken, ohne andere Verkehrsleistungen zu benachteiligen. Eine Schwierigkeit der Gewährung von mehr Kapazitäten für den Schienengüterverkehr wird wahrscheinlich darin liegen, nicht in das System des vertakteten Schienenpersonenverkehrs einzugreifen. Ansonsten könnte dessen Attraktivität leiden. Auch ist bisher nicht abzusehen, inwieweit durch die Verordnung der Ausbau von Infrastruktur beeinflusst werden wird. Zu begrüßen ist die Vorgabe, dass die Infrastrukturbetreiber zukünftig zwingend eine ausreichende Kapazität für den Gelegenheitsverkehr vorhalten müssen. Für viele Güterverkehrsunternehmen ist die Möglichkeit zur Nutzung von Kapazitäten im Gelegenheitsverkehr aufgrund der kurzen Laufzeiten von Transportaufträgen sehr wichtig.

2.2.2.4 Schienennetz-Benutzungsbedingungen

200. Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen stellen einen wichtigen Beitrag zur Schaffung und Sicherstellung diskriminierungsfreier Wettbewerbsbedingungen dar. Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen erhalten gemäß § 4 in Verbindung mit Anhang 2 EIBV die für das Streckennetz des jeweiligen Betreibers geltenden Zugangs- und Nutzungsbedingungen. Dadurch erhalten Zugangsberechtigte für die Erbringung von Verkehrsleistungen auf den Schienenwegen notwendige Informationen.

201. Die DB Netz AG hat vor einiger Zeit das betrieblich-technische Regelwerk aus den Schienennetz-Benutzungsbedingungen herausgenommen. Das betrieblich-technische Regelwerk beinhaltet verbindlich geltende Bestimmungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG. Durch die Herausnahme des Regelwerks aus den Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist dieses nicht länger Grundlage von Verträgen. Änderungen des Regelwerks können daher mit erheblichen Kosten für Eisenbahnverkehrsunternehmen verbunden sein. Die DB Netz AG führt an, dass die Herausnahme nötig sei, um Änderungen der betrieblich-technischen Regelwerke bedarfsgerecht und marktkonform vornehmen zu können. Dementsprechend sollen die betrieblich-technischen Regelwerke zukünftig bei Bedarf halbjährlich zu den Fahrplanwechseln im Juni sowie im Dezember aktualisiert werden. Die Bundesnetzagentur leitete daraufhin ein Vorabprüfungsverfahren gemäß § 14e Absatz 1 Nummer 4 AEG ein und widersprach der Herausnahme. Gegen diesen Bescheid erhob die DB Netz AG Widerspruch und beantragte vorläufigen Rechtsschutz. Das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht ordnete mit Beschluss vom März 2010[194] die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs an. Im Hauptsacheverfahren ist eine

---

[191] Derzeit können keine Rahmenverträge mit zeitversetzter Betriebsaufnahme abgeschlossen werden. Eine abschließende gerichtliche Klärung steht noch aus.

[192] Verordnung (EU) Nr. 913/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2010 zur Schaffung eines europäischen Schienennetzes für einen wettbewerbsfähigen Güterverkehr, ABl. EU Nr. L 276 vom 20. Oktober 2010, S. 22.

[193] Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission mit dem stark kritisierten Vorschlag, dem Güterverkehr absoluten Vorrang einzuräumen, gescheitert ist. Zur Kritik an der Verordnung bzw. des zugrunde liegenden Vorschlags der Europäischen Kommission vgl. beispielsweise CEP, Güterverkehrskorridore, 23. Februar 2009, bzw. CEP, Güterverkehrskorridore, Position des Europäischen Parlaments zur EU-Verordnung, 2010.

[194] OVG NRW, Beschluss vom 2. März 2010, 13 B 10/10.

Klage beim Verwaltungsgericht Köln rechtshängig. Die Monopolkommission begrüßt das Vorgehen der Bundesnetzagentur, da die Bestimmungen des betrieblich-technischen Regelwerks für die Bestellung und Planung ihrer Verkehre durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen wesentlich sind. Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen sollen auch dazu dienen, den Zugangsberechtigten eine verlässliche Grundlage für die Planung der Verkehre zu bieten. Dazu müssen die Kosten, die den Zugangsberechtigungen für den Netzzugang entstehen, absehbar sein. Sollte diese Auffassung sich nach Meinung der Gerichte nicht hinreichend aus den bestehenden Normen ergeben, ist der Gesetzgeber aufgefordert, die Bestimmungen des betrieblich-technischen Regelwerks als zwingenden Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen in Anlage 2 EIBV aufzunehmen.

202. Durch ein Urteil des nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgerichts vom Juni 2010[195] wurden die Möglichkeiten der Regulierung durch die Bundesnetzagentur im Zusammenhang mit der Ex-ante-Prüfung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen erheblich eingeschränkt. Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt.

Die Auffassung des Gerichts kann so interpretiert werden, dass im Rahmen der Ex-ante-Prüfung gemäß § 14e AEG nur solche Klauseln beanstandet werden können, in welchen eine erfolgte oder sich abzeichnende Diskriminierung belegt werden kann. Da die Ex-ante-Prüfung charakteristischerweise erfolgt, bevor die Schienennetz-Benutzungsbedingungen angewendet werden, ist der Nachweis einer bereits erfolgten Diskriminierung nicht möglich. Auch der Nachweis einer sich durch die Schienennetz-Benutzungsbedingungen konkret abzeichnenden Diskriminierung ist durch die Regulierungsbehörde ex ante nur schwer zu erbringen. Im Ergebnis werden die Möglichkeiten zur Ex-ante-Prüfung deutlich eingeschränkt. Auch in Bezug auf den Pflichtinhalt der Schienennetz-Benutzungsbedingungen setzt das Oberverwaltungsgericht sehr enge Grenzen. Der zuständige Senat ist der Ansicht, dass lediglich Regeln, die den eigentlichen Zugang betreffen, nicht jedoch Regeln in Bezug auf die Benutzung in Form der Durchführung der Verkehre, Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sein müssten. Letztere müssten somit nicht vorab bekannt gemacht werden und unterlägen auch nicht der Ex-ante-Regulierung. Diese Interpretation ist insofern problematisch, da ohne die Bekanntgabe dieser Bedingungen die Planbarkeit (in Bezug auf die Voraussetzungen und den Aufwand der Durchführung) und Verlässlichkeit dieser Planungsbasis der beabsichtigten Verkehre eingeschränkt wird und Diskriminierungsmöglichkeiten ausgedehnt werden. Des Weiteren kann die Darlegung des zuständigen Senats so ausgelegt werden, dass nur solche Klauseln in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu untersagen seien, deren unklare Formulierung dazu führt, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen Abstand vom Zugang nehmen. Da es auch hier kaum beweisbar ist, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen aufgrund der Formulierungen der Schienennetz-Benutzungsbedingungen auf den Zugang verzichten, wird die Ex-ante-Regulierung in den Möglichkeiten des Schutzes der Eisenbahnverkehrsunternehmen stark eingeschränkt. Außerdem liegt nicht erst dann ein massives Wettbewerbshindernis vor, wenn Eisenbahnverkehrsgesellschaften auf die Nutzung der Infrastruktur verzichten. Aufgrund des vorliegenden natürlichen Monopols besteht die einzige Ausweichmöglichkeit der Unternehmen im Einstellen des betreffenden eigenen Angebots. Daher werden Unternehmen in vielen Fällen auch für sie deutlich nachteilige Nutzungsbedingungen akzeptieren. Auch die Interpretation des Oberverwaltungsgerichts, dass die Regulierungsbefugnisse der Bundesnetzagentur keine zivilrechtliche Kontrolle von eisenbahnrechtlichen Zugangs- und Entgeltfragen ermöglichten, restringiert die Regulierungsmöglichkeiten.

Sollte die Revision gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts keinen Erfolg haben, könnte durch diese Rechtsprechung die Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur in erheblichem Maße eingeschränkt werden. Abhängig auch von der Begründung der letztinstanzlichen Entscheidung ist eine gesetzgeberische Maßnahme zur Stärkung der Prüfungskompetenz der Regulierungsbehörde zu erwägen. Wichtig ist, dass zugangsrelevante Regelungen mit Diskriminierungspotenzial den Veröffentlichungs- und behördlichen Prüfungsvorgaben unterliegen.

2.2.2.5 Das Anreizsystem zur Verhinderung von Störungen der DB Netz AG

203. Gemäß § 21 Absatz 1 Satz 1 EIBV haben Betreiber der Schienenwege Entgelte für die Pflichtleistungen so zu gestalten, dass sie durch leistungsabhängige Bestandteile den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Betreibern der Schienenwege Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten. Dementsprechend hat die DB Netz AG 2006 das „Anreizsystem zur Verringerung von Störungen" eingeführt. Als „leistungsabhängige Komponente" ist das Anreizsystem Bestandteil des Trassenpreissystems der DB Netz AG. Das System soll durch Strafzahlungen verhindern, dass Baustellen nicht in Minimalzeit abgewickelt werden oder das Verhalten einzelner Eisenbahnverkehrsunternehmen den Verkehr auf der Strecke aufhält.

204. Das System sorgt seit der Einführung für Diskussionen und befindet sich im Wandel. Die Bundesnetzagentur hat sich ebenso wie Gerichte – teilweise aufgrund von Aktivitäten der Bundesnetzagentur, teilweise auf Initiative von Marktteilnehmern – mit dem Thema befasst.[196] Auch die Wirksamkeit des aktuellen, überarbeiteten, 2009 eingeführten Anreizsystems wird von Marktteilnehmern infrage gestellt. Dieses System unterscheidet sich gegenüber dem früheren System darin, dass

[195] OVG NRW, Urteil vom 17. Juni 2010, 13 A 2557/09.

[196] Gegen das ursprünglich eingeführte Anreizsystem hatte ein Eisenbahnverkehrsverband für Güterverkehrsunternehmen geklagt, der eine unangemessene Benachteiligung der Güterverkehrsunternehmen sah. Nach einer Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 16. November 2007, 2-2 O 251/07, wurde das System durch die DB Netz AG ausgesetzt (obwohl die DB Netz AG mit der Berufung gegen das Urteil Erfolg hatte), was wiederum zu einem rechtwidrigen Zustand führte, da die DB Netz AG die eigenen Nutzungsbedingungen nicht mehr anwendete. Nach einem diesen Umstand betreffenden Bescheid der Bundesnetzagentur wurde zum 13. Dezember 2009 ein überarbeitetes System eingeführt.

nicht mehr alle, sondern nur eine von Eisenbahnverkehrsunternehmen getroffene Auswahl von Zügen anreizrelevant ist. Für diese sind Pünktlichkeitsziele definiert, die sich nach Verkehrsart unterscheiden. Auftretende Verspätungen werden der DB Netz AG oder dem Eisenbahnverkehrsunternehmen angerechnet. Darauf aufbauend werden zu zahlende Anreizentgelte bestimmt. Je abrechnungsrelevanter Verspätungsminute beträgt das Anreizentgelt derzeit 0,10 Euro, wobei der Betrag, der im Netz insgesamt pro Jahr anfällt, auf 1 Mio. Euro begrenzt ist.

205. Von dem bestehenden Anreizsystem sind dann Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit zu erwarten, wenn die zu zahlenden Vertragsstrafen höher liegen als der Aufwand, der zur Vermeidung eines anreizrelevanten Ereignisses notwendig ist. In Bezug auf die mögliche Wirkung des Systems erscheint eine Kappungsgrenze bei 1 Mio. Euro im Verhältnis zu jährlichen Entgelteinnahmen der DB Netz AG von etwa 4 Mrd. Euro relativ gering, was Zweifel an der Wirksamkeit des Systems erzeugt. Kritisiert wird außerdem, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Verspätungsursachen in die Bewertung einfließt, sodass keine klare Anreizwirkung erzielt werden könne.[197] Beispielsweise wird die Verspätungsursache Zugfolge, die auf eine Überlastung des Schienennetzes hindeutet, überhaupt nicht berücksichtigt. So können wichtige Störungsursachen nur sehr schwer gezielt bekämpft werden. Wettbewerber sehen daher am bestehenden Anreizsystem weiterhin großen Verbesserungsbedarf.

206. Ein wirksames Anreizsystem muss sich an den betrieblich relevanten Abläufen und Ausstattungsmerkmalen der Infrastruktur orientieren. Daher muss bei der Gestaltung eines solchen Systems analysiert werden, welche Störungen besonders betriebsrelevant sind, und welche Störungsursachen durch welche Maßnahmen gezielt reduziert werden sollen. Allerdings haben jüngere Gerichtsentscheidungen die Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur für Inhalte von Anreizsystemen reduziert. Auch gingen aus den bisherigen Gerichtsentscheidungen eher geringe Anforderungen an ein Anreizsystem hervor. Daher begrüßt die Monopolkommission die im Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets vorgesehenen umfangreichen und detaillierten Verspätungskategorien und Grundsätze für leistungsabhängige Entgelte (Artikel 35 in Verbindung mit Anhang VIII Nr. 4 KOM(2010) 475). Der deutsche Gesetzgeber sollte entsprechende Vorgaben in das nationale Recht übernehmen.

Des Weiteren bietet das bestehende Anreizsystem Möglichkeiten zur Diskriminierung. So ist die Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den Verkehrsmärkten durch das System möglich, da für verschiedene Verkehre (auch innerhalb einer Verkehrsleistung) Pünktlichkeit eine unterschiedlich wichtige Rolle spielt. Dies soll dadurch eingeschränkt werden, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen im aktuellen System Züge auswählen, auf welche das System angewendet wird. Darüber hinaus wird von Wettbewerbern bemängelt, dass die Kategorisierung der Verspätungsursache und die Zuweisung der Schuld an eine Partei durch den Fahrdienstleiter der DB Netz AG erfolgt. Daher wird befürchtet, dass die Verantwortung für Verspätungen konzerneigenen und anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen ungleichmäßig zugewiesen werden könnte, obwohl dies bisher weder durch Gerichte noch die Bundesnetzagentur beanstandet worden ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Nachweis einer systematischen Ungleichbehandlung kaum möglich und der einer Ungleichbehandlung in Einzelfällen im Verhältnis zum dadurch entstandenen Schaden sehr aufwendig ist.

207. Gemäß § 24 Absatz 1 EIBV müssen auch Betreiber von Serviceeinrichtungen ein Anreizsystem, das zu einer Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit der betriebenen Einrichtung beiträgt, implementieren. Insbesondere an Personenbahnhöfen kann ein häufiges Auftreten bestimmter Störungen wie Schneeglätte, mangelhafte Bausubstanz oder unzureichende Fahrgastinformation zu einer Verringerung der Leistungsfähigkeit der Einrichtungen führen. Davon sind, wie im Bereich der Schienenwege, letztlich die Eisenbahnverkehrsunternehmen und die Wettbewerbsfähigkeit des Verkehrsträgers Schiene betroffen. Das von der größten deutschen Bahnhofsbetreiberin, der DB Station & Service AG, etablierte Anreizsystem erscheint aufgrund unzureichender Störungsauswahl und mehrerer, eine Zahlungspflicht der Bahnhofsbetreiberin ausschließender Klauseln praktisch wirkungslos. So betragen die wegen Störungen gewährten Entgeltnachlässe an alle Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland regelmäßig lediglich rund 1 Prozent der von der DB Station & Service AG pro Jahr erzielten Umsatzerlöse. Und auf einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen entfällt ein jährlicher Entgeltnachlass im einstelligen Euro-Bereich. Anreize für eine Verringerung von Störungen und eine erhöhte Leistungsfähigkeit können hiervon kaum ausgehen. Die Monopolkommission ermutigt daher die Bundesnetzagentur, dem derzeitigen Anreizsystem zu widersprechen und die Bahnhofsbetreiberin zur Implementierung eines neuen, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Anreizsystems zu verpflichten.

2.2.3 Nutzung von Serviceeinrichtungen

208. Der Zugriff auf Serviceeinrichtungen wie Rangier- und Personenbahnhöfe, die dortigen Zugbildungsanlagen, Abstellgleise oder Wartungseinrichtungen ist für die Betriebsabläufe im Schienenverkehr für alle Verkehrsleistungen unabdingbar.[198] Daher müssen diese Einrichtungen für alle Schienenverkehrsunternehmen zur Realisierung der eigenen Verkehrskonzepte zugänglich sein. Im Gegensatz zur Schieneninfrastruktur liegt in Bezug

[197] Die DB Netz AG stellt in ihren Schienennetz-Benutzungsbedingungen außerdem eine Verknüpfung des Anreizsystems zur Verringerung von Störungen mit dem Minderungsverfahren der Entgelte her, obwohl deren Zielsetzungen unterschiedlich sind. Die Minderung stellt lediglich einen Ausgleich für nicht erbrachte Leistung dar. Ungeklärt ist allerdings die Frage, ob und inwieweit das Anreizsystem hinter die Minderung zurücktreten sollte, um eine doppelte Sanktionierung zu vermeiden.

[198] Unter Serviceeinrichtungen werden die in § 2 Absatz 3c AEG genannten Infrastruktureinrichtungen zusammengefasst: „Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme; Personenbahnhöfe, deren Gebäude und sonstige Einrichtungen; Güterbahnhöfe und -terminals; Rangierbahnhöfe; Zugbildungseinrichtungen; Abstellgleise; Wartungseinrichtungen und andere technische Einrichtungen sowie Häfen".

auf Serviceeinrichtungen nicht in jedem Fall ein natürliches Monopol vor. Es ist nicht generell davon auszugehen, dass die Anbieter auf den vor- oder nachgelagerten Märkten über keine wesentlichen Möglichkeiten verfügen, dem Angebot eines Betreibers auszuweichen, und damit der Zugang zu diesen Serviceeinrichtungen eine Essential Facility für das eigene Angebot darstellt. Eine zusätzliche Regulierungsanforderung ergibt sich auch für Serviceeinrichtungen daraus, dass der Betrieb der Serviceeinrichtungen, wie der der Schieneninfrastruktur und die Verkehrsleistungen, durch das integrierte Unternehmen Deutsche Bahn AG dominiert wird.[199]

209. Das europäische Recht regelt den diskriminierungsfreien Zugangsanspruch zu den Serviceeinrichtungen in Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 RL 2001/14/EG. Dazu wird ein sog. Mindestzugangspaket definiert. Betreibern der Serviceeinrichtungen wird nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 RL 2001/14/EG auch ein Recht zugestanden, den Zugang zu verweigern, wenn „vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen“ vorhanden sind. Dies ist allgemein dann der Fall, wenn die entsprechenden Anlagen duplizierbar oder substituierbar sind oder wenn die damit typischerweise verbundenen Leistungen bereits flächendeckend erbracht werden. Durch diese Regelung soll einer Überregulierung durch eine pauschale Zugangsverpflichtung vorgebeugt werden. Ansonsten könnte die Regulierung wettbewerbshemmend wirken, da beispielsweise Anreize zur Bereitstellung eigener Serviceeinrichtungen verloren gingen, wenn zu allen Einrichtungen ein freier Netzzugang Dritter bestünde.

Im Allgemeinen Eisenbahngesetz ist der Zugangsanspruch zu Serviceeinrichtungen nicht explizit normiert, da Serviceeinrichtungen dort nicht mit dem Begriff der Eisenbahninfrastruktur in Beziehung gesetzt werden. Der Zugangsanspruch ergibt sich erst unter Einbeziehung der europäischen Richtlinien. Nach § 14 Absatz 1 Satz 1 AEG müssen Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und damit nach Auslegung der europäischen Richtlinien auch zu Serviceeinrichtungen sicherstellen.[200] Die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung präzisiert diese rechtliche Vorgabe. Laut § 10 Absatz 3 Satz 1 EIBV soll möglichst allen Nutzungsanträgen entsprochen und im Falle von Konflikten nach diskriminierungsfreien und transparenten Vorrangregelungen entschieden werden (§ 10 Absatz 5 und 6 EIBV).

210. Dem Grundgedanken des Unionsrechts nach dürfte eine Serviceeinrichtung nur der Zugangsregulierung unterliegen, wenn das Bestehen marktkonformer Alternativen verneint wird. Im nationalen Recht kann ein Betreiber jedoch den Zugang zu seiner Serviceeinrichtung nicht verweigern. Seine Einrichtung unterliegt abhängig von den Wettbewerbsverhältnissen entweder kategorisch der Zugangsregulierung oder nicht.

2.2.3.1 Regulierungspraxis der Nutzungsmöglichkeiten von Serviceeinrichtungen

211. In der Praxis der Nutzung von Serviceeinrichtungen zeigen sich sowohl Ineffizienzen als auch Möglichkeiten der Diskriminierung der Zugangsberechtigten. Die Bundesnetzagentur hat in jüngster Vergangenheit einige Untersuchungen von Zugangsmöglichkeiten zu Serviceeinrichtungen durchgeführt. Dabei werden auch die Grenzen der Regulierung deutlich.

Rangierbahnhöfe und andere Zugbildungsanlagen

212. Der Zugang zu Serviceeinrichtungen, die im Zuglauf notwendige Rangiertätigkeiten und Zugbehandlungen ermöglichen, ist für das Angebot vorhandener wie potenziell neuer Schienenverkehrsleistungen zwingend erforderlich. Der Monopolkommission wurde von Wettbewerbern insbesondere des Schienengüterverkehrs mitgeteilt, dass der Zugang zu Rangierbahnhöfen und anderen Zugbildungsanlagen der Deutschen Bahn AG nicht oder nicht im erforderlichen Umfang möglich sei.[201] Die Bundesnetzagentur, der ebenfalls derartige Informationen vorliegen, hat den Zugang zu Rangierbahnhöfen und anderen Zugbildungsanlagen daher intensiv untersucht.[202] Die bestehende Praxis der Kapazitätszuweisung in Serviceeinrichtungen sowie der Bedarf der Eisenbahnverkehrsunternehmen wurde unter Einbezug von Marktteilnehmern ermittelt und beurteilt.

213. Im Schienengüterverkehr ist es für die privaten Verkehrsunternehmen, die nur Ganzzugverkehre betreiben, teilweise ausreichend, auf die Zugbildungseinrichtungen der Verlader zurückzugreifen. Für andere Logistikkonzepte wie den Einzelwagenverkehr ist der Zugriff auf zusätzliche Anlagen zwingend erforderlich. Einzelwagenverkehr wird derzeit ausschließlich durch Unternehmen der Deutschen Bahn AG angeboten.[203] Auch der

---

[199] Anzumerken ist in Bezug auf die Frage, inwieweit Diskriminierungsmöglichkeiten beim Zugang zu Serviceeinrichtungen bestehen, dass auch andere Unternehmen als die Deutsche Bahn AG Serviceeinrichtungen betreiben. Die Regulierung der Eisenbahninfrastruktur betrifft alle Betreiber von Eisenbahninfrastruktur als Betreiber von natürlichen Monopolen symmetrisch. Zugangsbehinderungen durch ein diskriminierendes Verhalten des Infrastrukturbetreibers treten dabei nicht nur bei der Infrastruktur des DB-Konzerns auf. Aufgrund der Vielzahl der Serviceeinrichtungen, die die Infrastrukturbetreiber der Deutschen Bahn AG flächendeckend betreiben, sowie aufgrund historisch gewachsener Vorteile und der Unternehmensverbundenheit mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns wirkt sich ein schädliches Verhalten in diesen Fällen jedoch stärker auf den Wettbewerb im Schienenverkehr aus.

[200] Serviceeinrichtungen zählen gemäß Artikel 3 RL 91/440/EWG zur Eisenbahninfrastruktur.

[201] Zugbildungsanlagen umfassen allgemein Einrichtungen, in denen die Auflösung, Sortierung, Bildung und Behandlung von Zügen möglich ist. Rangierbahnhöfe bezeichnen speziell Einrichtungen, die dazu über einen Ablaufberg verfügen.

[202] BNetzA, Positionspapier der Bundesnetzagentur zum „Zugang zu Rangierbahnhöfen und anderen Zugbildungsanlagen“, Endfassung unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen, Stand 16. Dezember 2010. Die Bundesnetzagentur schloss neben Rangierbahnhöfen, Zugbildungseinrichtungen, Güterbahnhöfen und -terminals auch Abstellgleise und Häfen in die Untersuchung mit ein. Ausgenommen wurden lediglich Gleisinfrastrukturen, die ausschließlich Einrichtungen der Brennstoffaufnahme, Personenbahnhöfe oder Wartungseinrichtungen betreffen.

[203] Vgl. Kapitel 5.

Schienenpersonenverkehr benötigt Zugang zu Zugbildungsanlagen, jedoch mit anderen Nutzungsanforderungen. Beispielsweise ist die Nachtabstellung im Rahmen der Umlaufplanung nötig und eine Zugvorheizung eine Anforderung an die Gleisausstattung. Ein Großteil der betreffenden Anlagen gehört der Deutschen Bahn AG, während sich ein weitaus kleinerer Teil der Einrichtungen im Besitz privater Güterverkehrsunternehmen oder Verlader befindet.

214. Die Analyse der Bundesnetzagentur bestätigt, dass Wettbewerbern die Nutzung von Zugbildungseinrichtungen der Deutschen Bahn AG teilweise nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist. Probleme ergeben sich insbesondere aus der mehrjährigen Anmietung von Kapazitäten, welche das Eisenbahnrecht grundsätzlich erlaubt. Auf dieser Grundlage sind wesentliche Kapazitäten langfristig an die DB Schenker Rail GmbH vermietet. Dementsprechend können Wettbewerber nach § 10 EIBV nur dann auf diese zugreifen, wenn die DB Schenker Rail GmbH sie selbst nicht benötigt.[204] Daher sind die Wettbewerber auf eine Zusammenarbeit mit dem Konkurrenzunternehmen DB Schenker Rail GmbH angewiesen. Wettbewerber werfen der Deutschen Bahn AG vor, deutlich mehr Kapazitäten langfristig gebunden zu haben, als die DB Schenker Rail GmbH benötigt. Die Vergabe von Nutzungskapazitäten ist daher ein entscheidender Kritikpunkt der Zugangsberechtigten und der Bundesnetzagentur, da die Deutsche Bahn AG neben der langfristigen Vermietung kaum freie Kontingente für den im Markt bestehenden Bedarf, Gleise in zeitlichem Umfang und Menge variierend auch kurzfristig buchen zu können, einplant. Um einen diskriminierungsfreien Zugang zu Serviceeinrichtungen zu ermöglichen, muss ein belastbarer Kompromiss zwischen langfristiger Planungssicherheit auf der einen Seite und kurzfristigem Bedarf auf der anderen Seite durchgesetzt werden. In der Praxis besteht allerdings erhebliches Diskriminierungspotenzial. Langfristige Verträge verdrängen oftmals kurzfristigen Bedarf. Die Bundesnetzagentur spricht sich daher für eine Orientierung an für Betreiber von Schienenwegen geltende Richtwerte (§ 13 Absatz 2 EIBV) von einem Anteil der kurzfristig zu Verfügung stehenden Kapazitäten in Höhe von 25 Prozent aus. Je nach Auslastung und Bedarf kann dieser Anteil angepasst werden. Die Monopolkommission begrüßt diesen Vorschlag, hält es aber für wichtig, die Höhe der optimalen Auslastung (in Bezug auf das Verhältnis und die Gesamtauslastung) flexibel zu handhaben und der Bundesnetzagentur die Prüfung des Vorliegens geeigneter Verhältnisse von kurz- und langfristigen Kapazitäten zu überlassen.

Ein weiteres Problem stellt nach Angaben der Bundesnetzagentur die Art der Zuteilung der bestellten Kapazitäten dar. Grundsätzlich kann zwischen der Zuteilung von im Voraus physisch festgelegten Gleisen und der Vergabe der Infrastruktur möglichst ohne Festlegung auf ein bestimmtes Gleis, dem sog. Slotverfahren, unterschieden werden. Letzteres ermöglicht eine flexible Organisation der Abläufe am Tag der Nutzung und eine bestmögliche Kapazitätsauslastung ohne Festlegung auf ein bestimmtes Gleis. Allerdings ist dieses auch mit einem Mehraufwand für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen verbunden. Auch die Berücksichtigung der Funktion, die ein Gleis in einer Serviceeinrichtung einnimmt (beispielsweise als Ladegleis oder zur Zuführung zu anderen Bereichen), und der Abgleich mit dem Bedarf des Nutzers finden nur begrenzt statt. Insgesamt sieht die Bundesnetzagentur einige zu vermeidende Ineffizienzen in der Nutzung der Zugbildungsanlagen.

215. Als nicht unproblematisch betrachtet die Monopolkommission den geplanten Umgang der Bundesnetzagentur mit den sieben großen Rangierbahnhöfen, die zurzeit ausschließlich von der DB Schenker Rail GmbH für den Einzelwagenverkehr genutzt werden. Die Bundesnetzagentur plant zwar eine formelle Gleichbehandlung der Zugangsberechtigten, weist aber ausdrücklich darauf hin, innerhalb eines Ermessensspielraums großzügig entscheiden zu wollen. Die Bundesnetzagentur begründet diese Ausnahmebehandlung mit der derzeitigen Stellung des Einzelwagenverkehrs. Dieser reagiere sensibel auf äußere Einwirkungen und Veränderungen und stehe stark im intermodalen Wettbewerb.

Nach Auffassung der Monopolkommission kann es kurzfristig durchaus sinnvoll sein, Bahnhöfe, die ausschließlich der Deutschen Bahn AG für den Einzelwagenverkehr dienen und für die kein Wettbewerber Zugang begehrt, dem alleinigen Management der Deutschen Bahn AG zu überlassen. Dabei ist es jedoch erforderlich, anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu diesen Zugbildungsanlagen jederzeit verlässlich dieselben Zugangsrechte zu gewähren wie zu anderen Anlagen, um Markteintritte nicht perspektivisch aufgrund der Unsicherheit des Zugangs zu verhindern. Darüber hinaus kann es zweckmäßig sein, bestehende Kapazitäten auch an Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vergeben, die nicht im Einzelwagenverkehr aktiv sind, aber für die es aufgrund der geografischen Lage möglich sein sollte, einzelne Gleise zur Zugbildung zu nutzen.

216. Ein weiteres Hindernis, auf welches die Monopolkommission bereits früher hingewiesen hat und das die Bundesnetzagentur in ihrem Positionspapier aufgreift, besteht in der Verfügbarkeit von Rangierloks in diesen Anlagen.[205] Durch die fehlende Verfügbarkeit wird die Nutzung der Rangierbahnhöfe erheblich behindert. Die Rangierloks der Deutschen Bahn AG gehören nicht den Infrastrukturbetreibern, sondern der DB Schenker Rail GmbH, sodass Wettbewerber keinen Zugriff darauf haben. Dementsprechend müssen sie Rangierloks und andere Betriebsmittel selbst vorhalten. Problematisch ist dabei auch, dass die Deutsche Bahn AG Betriebsabläufe der Serviceeinrichtungen stark vernetzt hat. So müssen Wett-

[204] Nach § 10 Absatz 3 EIBV obliegt dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Pflicht einer bedarfsgerechten Angebotsoptimierung, um eine bestmögliche Kapazitätsauslastung zu erreichen und so möglichst allen Anträgen stattzugeben. In der Praxis lässt diese Vorschrift jedoch erhebliche Spielräume offen.

[205] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 149 ff.

bewerber die eigenen Rangierloks in das fremde EDV-System integrieren, was technisch problematisch und aufwendig ist.

217. Die bestehende Situation bildet ein wesentliches Hindernis insbesondere für den Wettbewerb im Wagenladungsverkehr. Die Bedingung des Zugangs zu Rangierbahnhöfen stellt eine Markteintrittsbeschränkung dar, die der Deutschen Bahn AG ihre Stellung als einzigem deutschlandweit agierendem Anbieter im Einzelwagenverkehr sichert. Offensichtlich entspricht das Verhalten der Deutschen Bahn AG nicht dem eines unabhängigen Betreibers. Ein unabhängiger Betreiber hätte ein Interesse daran, Rangierloks selbst vorzuhalten und deren Einsatz und Vernetzung zu organisieren. So könnten Größenvorteile durch eine effizienter abgestimmte Nutzung der Loks realisiert, Abstimmungs- und Informationskosten der Einbindung fremder Rangierfahrzeuge in das bestehende System vermieden und insgesamt die Effizienz der Rangierbahnhöfe erhöht werden. Die Tatsache, dass der Betreiber der Serviceeinrichtungen diese Leistungen der Fahrzeuge nicht zusammen mit dem Zugang anbietet, deutet darauf hin, dass Wettbewerber bewusst diskriminiert werden sollen. So kann die Deutsche Bahn AG ihre Stellung im Wagenladungsverkehr behaupten.

Die Monopolkommission hat daher dem Gesetzgeber bereits empfohlen, den Rangierbetrieb auf den entsprechenden Bahnhöfen in die Verantwortung des Infrastrukturbetreibers zu stellen und diesen ebenfalls der Zugangsregulierung zu unterwerfen.[206]

218. Bereits im letzten Gutachten hat die Monopolkommission in diesem Zusammenhang gefordert, die präventiven Kompetenzen der Bundesnetzagentur zu stärken, indem diese in die Lage versetzt wird, regelmäßig zu prüfen, ob bestellte und möglicherweise stornierte Gleise in den Rangierbahnhöfen bei integrierten Anbietern auch tatsächlich konzernintern vergütet werden.[207] Nur wenn die Verkehrsgesellschaften auch für zu viel bestellte Kapazitäten aufkommen müssen, kann verhindert werden, dass das vertikal integrierte Unternehmen mehr als die benötigten Mengen anmietet, um Wettbewerber von den Serviceanlagen fernzuhalten. Jedoch sind auch solche Stornierungsentgelte für die Bilanz des Konzerns neutral, sodass Anreize zum Halten von Überkapazitäten nicht ausgeschlossen werden können.

219. Auch in Bezug auf Zugänge zu Zugbildungsanlagen wird an der Informationspolitik der Eisenbahninfrastrukturunternehmen Kritik geübt. Kurzfristig frei werdende Kapazitäten bzw. Restkapazitäten werden nach Wettbewerberangaben derzeit nur auf Anfrage bekannt gegeben. Die Monopolkommission unterstützt in diesem Zusammenhang die Forderung der Bundesnetzagentur nach einer Restkapazitätsbörse. Diese sollte elektronisch basiert sein und Zugriff in Echtzeit ermöglichen. Zur Durchsetzung dieser Forderung fordert die Monopolkommission eine entsprechende gesetzliche Verankerung.

Bahnhöfe, Terminals und Wartungseinrichtungen

220. In Bezug auf Personenbahnhöfe ist die Bundesnetzagentur in mehreren Verfahren mit möglicherweise rechtlich unzulässigen Zugangsbeschränkungen befasst. Die mit Abstand größte Betreiberin von Personenbahnhöfen in Deutschland ist die DB Station & Service AG. In ihren derzeitigen Nutzungsbedingungen hält sie sich das exklusive Recht vor, über die aktuelle Zug- und Betriebslage der Züge, d. h. beispielsweise über Verspätungen, Gleisänderungen oder die Erreichbarkeit von Anschlusszügen, zu informieren. Dies ist insbesondere dann problematisch, wenn – wie an kleineren Stationen – keine Anlagen für die Reisendeninformationen, d. h. Schriftanzeiger oder Lautsprecher, installiert sind. Eisenbahnverkehrsunternehmen oder auch Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs werden daher, auch wenn sie bereit sind, die entstehenden Kosten für die Ausrüstung der Stationen mit entsprechenden Anlagen zu tragen, an einer Information ihrer Fahrgäste gehindert. Die Bundesnetzagentur vertritt die Auffassung, dass keine ausreichenden Gründe für dieses ausschließliche Informationsrecht des Bahnhofsbetreibers vorliegen, und hat daher der beabsichtigten Neufassung der Nutzungsbedingungen der DB Station & Service AG widersprochen. Das Unternehmen hat die betreffenden Klauseln daraufhin geändert.

221. Auch in Bezug auf Terminals hat sich die Bundesnetzagentur in jüngster Vergangenheit mit vorliegenden Wettbewerbshindernissen beschäftigt. Nach § 14 Absatz 2 Nummer 2 AEG sind Verlader, d. h. Unternehmen, die Güter durch Eisenbahnverkehrsunternehmen befördern lassen möchten, mit eigenen Zugangsrechten ausgestattet. Allerdings unterscheidet das Eisenbahnrecht zwischen einem formalen Zugangsrecht und der Möglichkeit, einen Nutzungsvertrag mit einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen abschließen zu können. Letzteres ist teilweise nur Eisenbahnverkehrsunternehmen möglich. Dementsprechend hatte die zum DB-Konzern gehörende Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH geplant, die Nutzungsbedingungen der eigenen Terminals so zu ändern, dass Verlader mit dem Unternehmen keine Nutzungsverträge mehr schließen können. So wären Verlader auf das vertragliche Einbinden eines Eisenbahnverkehrsunternehmens angewiesen, was zu Einschränkungen des Wettbewerbs geführt hätte. Die Bundesnetzagentur hat der Änderung der Nutzungsbedingungen widersprochen, da sie die Einschränkungen des Kreises möglicher Vertragspartner als nicht durch eisenbahnrechtliche Vorgaben gedeckt ansieht. Das Verfahren ist derzeit noch anhängig.

222. Der Zugang zu Wartungseinrichtungen der betriebsnahen Instandhaltung ist gerade im Schienenpersonennahverkehr ein wichtiger Faktor für den Wettbewerb auf der Schiene. Der mit Abstand größte Betreiber dieser

[206] Nach bestehendem Unionsrecht ist dieser Vorschlag möglicherweise problematisch, da nach Anlage 2 Nr. 3 lit. a RL 2001/14/EG das Angebot eines Rangierbetriebs explizit als mögliche freiwillige Zusatzleistung ausgewiesen wird. Im Vorschlag für eine Richtlinie zur Schaffung eines einheitlichen Eisenbahnraums (KOM(2010) 475) ist der Rangierbetrieb als freiwillige Zusatzleistung in Anhang III, Nr. 3 lit. c jedoch gestrichen. Wenn dieser Punkt des Vorschlags verabschiedet würde, stünde eine entsprechende nationale Gesetzgebung im Einklang mit Unionsrecht.

[207] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 152.

Einrichtungen ist die DB Regio AG, dennoch hat sich mittlerweile in gewissen Grenzen Wettbewerb entwickelt. Auch deshalb wird von Betreibern von Wartungseinrichtungen bzw. Werkstätten infrage gestellt, dass diese Einrichtungen der Zugangs- und Entgeltregulierung unterliegen. Nach vorherrschender Meinung verstößt der Regulierungseingriff gegen das grundgesetzlich geschützte Eigentumsrecht, wenn sich im Hinblick auf die darin erbrachten Dienste bereits Wettbewerb etabliert habe. Eine Anwendung der netzzugangsrechtlichen Vorschriften komme nur dann in Betracht, wenn feststehe, dass zu einer Inanspruchnahme der mit dem Betrieb der Einrichtung typischerweise verbundenen Leistungen keine zumutbaren Marktalternativen bestehen würden. Daraus folge, dass die einzelnen Serviceeinrichtungen jeweils gesondert darauf zu untersuchen sind, ob sie die Voraussetzungen des netzzugangsrechtlichen Infrastrukturbegriffs in § 2 Absatz 3 AEG erfüllen[208]. Das nordrheinwestfälische Oberverwaltungsgericht hat dagegen entschieden, dass Serviceeinrichtungen generell und immer einer Zugangsregulierung unterliegen sollten.[209] Dies wird mit einer vermuteten Gleichstellung der Serviceeinrichtungen mit der Eisenbahninfrastruktur im Allgemeinen Eisenbahngesetz begründet. Das Urteil wurde teilweise kritisiert, da im Beschluss die Hintergründe der Kategorie der Serviceeinrichtungen nicht hinterfragt würden und der Beschluss allgemein Unstimmigkeiten aufweise.

223. Potenzielle Nutzer der Wartungseinrichtungen bemängeln, dass mangelhafte Leistungsbeschreibungen und Entgeltregelungen eine verlässliche Kalkulation des eigenen Bedarfs verhindern. Eine vereinheitlichte Darstellung, die sich inhaltlich am Informationsbedürfnis der Zugangsberechtigten und am Vermarktungsinteresse der Betreiber der Wartungseinrichtungen ausrichtet, ist erforderlich. Der Zugang zu den Wartungseinrichtungen muss transparent und vergleichbar sein, um so den Zugangsberechtigten die Entscheidung über den Zugang zu erleichtern bzw. zu ermöglichen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigten, dass die Anforderungen an das Aufstellen der Benutzungsbedingungen insbesondere für kleine Betreiber nicht unangemessen hoch sind.

Aufgrund der bestehenden Rechtslage lehnen Betreiber wiederholt den Zugang zu ihrer Infrastruktur oder die Aufstellung von Nutzungsbedingungen ab. Die Bundesnetzagentur geht nach Prüfung der Einwände regelmäßig mit Bescheiden gegen die Betreiber vor. Parallel zu den geführten Verfahren hat die Bundesnetzagentur im Oktober 2010 eine Arbeitsgruppe zur Erarbeitung von Lösungen zur Umsetzung insbesondere derjenigen regulierungsrechtlichen Verpflichtungen, die sich im Rahmen der Verfahren als praxisrelevant, aber konfliktbehaftet erwiesen haben, gegründet. Im Zuge dessen sollen Leistungsbeschreibungen für Wartungseinrichtungen und der Umfang der Leistungspflicht der Betreiber von Wartungseinrichtungen erarbeitet sowie eine rechtskonforme Ausgestaltung von Entgeltregelungen ausgestaltet werden.

224. Vor dem dargestellten Hintergrund ist eine gesetzliche Klarstellung der Rechtslage erforderlich. Dazu ist zu berücksichtigen, dass insbesondere im Falle von Wartungseinrichtungen das Vorliegen einer Essential Facility nicht immer gegeben ist. Daher sollte der grundlegende Gedanke des europäischen Rechts, der Markt- und Wettbewerbsbezug als Bewertungsmaßstab, auf nationales Recht übertragen werden, indem Serviceeinrichtungen nur dann einer Zugangsregulierung unterliegen, wenn keine marktkonformen Alternativen bestehen.

2.2.3.2 Bestehende Lücken in den Regelungen zu den Nutzungsbedingungen von Serviceeinrichtungen

225. Anders als bei Schienenwegen geben nur wenige Vorschriften in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung Regelungen für die Nutzung von Serviceeinrichtungen vor. Dadurch bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten über die Pflichten der Betreiber von Serviceeinrichtungen. So entstehen hohe Transaktionskosten durch gerichtliche Entscheidungen oder das außergerichtliche Suchen nach einer konsensfähigen Kompromisslösung. Die bestehenden Lücken erlauben darüber hinaus große Spielräume für gezielte Entscheidungen im Interesse ausgewählter Zugangsberechtigter.

226. Anders als bei Schienenwegen ist für die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen z. B. der Pflichtinhalt nicht ausdrücklich normiert. Dadurch wird der Bundesnetzagentur die Prüfung der Nutzungsbedingungen erheblich erschwert. Zugangsberechtigte Wettbewerber bemängeln, dass unvollständige oder intransparente Nutzungsbedingungen ihre Entscheidung darüber, ob sie eine Eisenbahninfrastruktur in Anspruch nehmen können, erschweren oder unmöglich machen, weil die technischen, wirtschaftlichen oder betrieblichen Voraussetzungen nicht eindeutig dargelegt sind. Aufgrund der unsicheren Rechtslage konnte die Bundesnetzagentur in vielen Fällen die Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht zur Änderung ihrer Nutzungsbedingungen verpflichten.

Auch ist rechtlich nicht klar, welche Leistungen im Rahmen des Betriebs einer Serviceeinrichtung angeboten werden müssen.[210] Dementsprechend wurden darüber rechtliche Auseinandersetzungen geführt. Beispielsweise führte der Umfang der von einem Betreiber von Personenbahnhöfen zu erbringenden Leistungen zur rechtlichen Auseinandersetzung zwischen Bundesnetzagentur und der DB Station & Service AG darüber, ob an allen Stationen aktuelle Fahrgastinformationen angeboten werden müssen.

[208] Vgl. Suckale in: Hermes, G./Sellner, D. (Hrsg.): Beck'scher AEG-Kommentar, München 2006, § 2 Rn. 107 f.

[209] Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. November 2008, 13 B 1543/08.

[210] Der Verordnungsgeber hat dem Betreiber einer Serviceeinrichtung den Umfang des Betriebs seiner Serviceeinrichtung und der angebotenen Leistung zur freien Bestimmung überlassen; vgl. Bundesratsdrucksache 249/05, S. 36. § 3 Absatz 1 EIBV fordert aber, dass die mit einer Serviceeinrichtung verbundenen Leistungen erbracht werden.

227. Ebenso bestehen in Bezug auf die Vorhaltung von Kapazitäten bei der Planung von Baumaßnahmen erhebliche Unterschiede zwischen Serviceeinrichtungen und Schienenwegen. Bei Schienenwegen ist der Betreiber gemäß § 9 Absatz 2 EIBV bei der Planung von Baumaßnahmen angehalten, die Vorhaltung nötiger Kapazitäten einzuplanen und die Instandhaltung so zu betreiben, dass die Interessen der Zugangsberechtigten nicht mehr als notwendig beeinträchtigt werden. Eine entsprechende Regelung fehlt in Bezug auf Serviceeinrichtungen. Dies führt teilweise zu erheblichen Zugangsproblemen.[211] Die generell sehr offenen Vorgaben für die Vergabe von Kapazitäten in Serviceeinrichtungen bieten die Möglichkeit, anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen den Zugang zu diesen durch gezielte langzeitige Vermietungen zu entziehen. So besteht großes Diskriminierungspotenzial.

228. Insgesamt sieht die Monopolkommission erhebliche Wettbewerbshindernisse durch die derzeitigen Regelungen für die Nutzung von Serviceeinrichtungen. Insbesondere in den dargestellten Fällen ist die unterschiedliche Behandlung von Serviceeinrichtungen und Schienenwegen nicht ausreichend begründbar. Eine Konkretisierung der Vorschriften, die Regelungen für die Nutzung dieser Einrichtungen analog zu denen von Schienenwegen[212] vorgeben, ist daher erforderlich. Dazu sollte der vorgeschriebene Mindestinhalt der Informationen, der gemäß § 10 Absatz 1 EIBV nur eingeschränkt existiert, entsprechend dem Paket von Mindestangaben für Schienenwege nach § 4 Absatz 2 in Verbindung mit Anlage 2 EIBV erweitert werden. Zu begrüßen ist daher, dass im Vorschlag zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets in Artikel 27 Absatz 2 KOM(2010) 475 an Betreiber von Serviceeinrichtungen dieselben Anforderungen in Bezug auf die Nutzungsbedingungen gestellt werden wie an Schienenwegbetreiber.

229. Von Marktteilnehmern wurde wiederholt berichtet, dass die Deutsche Bahn AG bei der Planung zum Ausbau und insbesondere bei der teilweisen oder vollständigen Betriebseinstellung ihrer Serviceeinrichtungen die Belange der Wettbewerber nicht oder nur ungenügend berücksichtige. Auch die Bundesnetzagentur erhielt nach eigenen Angaben eine Vielzahl von entsprechenden Hinweisen. Dabei handelte es sich in allen Fällen um Anlagen, die in der Vergangenheit von der Deutschen Bahn AG betrieben und vermarktet wurden. Betroffen waren ausschließlich Wettbewerber der Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG.[213] Eine Betriebseinstellung von Serviceeinrichtungen ist nach vorherrschender Meinung bei noch laufenden Nutzungsverträgen derzeit zwar nicht zulässig, jedoch wäre es darüber hinaus wünschenswert, wenn die Schaffung von Kapazitätsengpässen in Serviceeinrichtungen vermieden würde, indem einer Betriebseinstellung eine Bedarfsabfrage vorangeht. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission dafür aus, die Eisenbahninfrastrukturunternehmen gesetzlich zu verpflichten, im Vorfeld einer Stilllegung ein Ausschreibungs- bzw. Interessenbekundungsverfahren – wie nach § 11 Absatz 1 Satz 2 AEG bei Schienenwegen[214] – durchzuführen, um den mangelnden Bedarf darzulegen. Dadurch wird Transparenz über beabsichtigte Stilllegungen geschaffen, die allen Nutzern ermöglicht, die Infrastruktur durch eine Übernahme des Betriebs zu erhalten. So könnten Zugangshindernisse, die derzeit insbesondere die neu hinzutretenden Nutzer treffen, verringert werden.

2.2.3.3 Zugangsgewährung für Serviceeinrichtungen im Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets

230. Nach Unionsrecht wird Betreibern von Serviceeinrichtungen in Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 RL 2001/14/EG das Recht zugestanden, den Zugang zu Serviceeinrichtungen zu verweigern, wenn „vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen" vorhanden sind. Der Vorschlag zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets sieht in Artikel 13 Absatz 2 KOM(2010) 475 nun eine Beweislastumkehr in Bezug auf dieses Recht zur Verweigerung des Zugangs vor. Danach muss der Betreiber der Serviceeinrichtung nachweisen, dass andere Serviceeinrichtungen es ermöglichen, den Dienst auf derselben Strecke unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen durchzuführen. Ziel dieser Änderung ist es, Wettbewerbern besseren Zugang zu Flaschenhalsstrukturen und eine Gleichbehandlung aller Nachfrager zu gewähren. Fraglich könnte sein, ob die geplante Beweislastumkehr mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren ist.

Eine Beweislastumkehr – wie sie z. B. auch das deutsche Kartellrecht in § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB kennt – ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn die für den Nachweis erforderlichen Unterlagen und Informationen jedenfalls überwiegend in der Sphäre des Belasteten liegen und der Anspruchsgegner selbst keine Möglichkeit hat, diese Daten zu beschaffen oder zu überprüfen. Dementsprechend hat nach § 19 Absatz 4 Nummer 4 GWB der Infrastrukturbetreiber zu belegen, dass der begehrte Zugang zur Infrastruktur aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unmöglich oder unzumutbar ist. Im Falle des Artikel 13 Absatz 2 KOM(2010) 475 wird vom zugangs-

211 Beispielsweise war 2009 der Hafen Dresden für etwa drei Wochen nicht erreichbar, da die DB Netz AG eine Vollsperrung des Zuführungsgleises zu Instandhaltungszwecken vorgenommen hat.

212 Betreiber der Schienenwege unterliegen gemäß § 2 Nummer 1 und 2 sowie §§ 8, 9, 11, 13 und 14 EIBV verordnungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Vergabeform von Nutzungsmöglichkeiten und des Anmelde- und Vergabeverfahrens.

213 Bei den Einrichtungen handelt es sich beispielsweise um einzelne Gleise in Rangier- oder Personenbahnhöfen, die betrieblich stillgelegt wurden, obwohl Wettbewerber der Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns einen Bedarf zu ihrer Nutzung haben.

214 Auch die bestehenden Regelungen zur Stilllegung von Schienenwegen werden teilweise von Wettbewerbern kritisiert. Es wird bemängelt, dass die Deutsche Bahn AG den Ausbau, die Erneuerung und auch den Rückbau der Schieneninfrastruktur weitgehend nach eigenem Ermessen gestalten könne. Durch die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, den Bundesverkehrswegeplan und die Vorgaben zu Stilllegungen gemäß § 11 AEG würden diese Ermessensspielräume lediglich eingeschränkt. Wettbewerber bemängeln weiterhin, dass die Deutsche Bahn AG im Einzelfall wettbewerbsstrategische Überlegungen dem gezielten Ausbau von Engpässen und dem Rückbau nach individueller Wirtschaftlichkeit voranstelle. Die Investitionsentscheidungen berücksichtigten nicht die Anforderungen der Wettbewerber.

verweigernden Infrastrukturbetreiber hingegen der Nachweis verlangt, dass für den Antragsteller eine tragfähige Alternative unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen besteht. Die für diesen Nachweis notwendigen Informationen dürften sich nicht überwiegend im Geschäftsbereich des Infrastrukturbetreibers befinden, sondern eher in der Sphäre des Antragstellers oder dritter Unternehmen liegen. Eine Beweislastumkehr kann allerdings auch dann legitimiert sein, wenn der Normadressat über besonders hohe Marktmacht verfügt.[215] Davon ist hier auszugehen, da in einem Großteil der Fälle, in denen Zugangsberechtigte einen Zugang zu einer Serviceeinrichtung einfordern, diese Serviceeinrichtung ein natürliches Monopol darstellt und Wettbewerb – aufgrund der mangelnden Duplizierbarkeit der Infrastruktur – regelmäßig nur durch Zugangsgewährung erreicht werden kann. Für die Verhältnismäßigkeit der geplanten Regelung spricht ferner, dass sie aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes lediglich eine Umkehr der materiellen Beweislast bewirken wird.

231. Im Falle von kollidierenden Anträgen, die nicht alle hinreichend erfüllt werden können, kann nach Artikel 13 Absatz 2 KOM(2010) 475 die Regulierungsbehörde von sich aus (oder aufgrund von Beschwerden) eingreifen und dafür sorgen, dass ein „angemessener Teil“ der Kapazitäten denjenigen Eisenbahnunternehmen zugewiesen wird, die nicht demselben Konzern wie der Betreiber der Einrichtung angehören. Dieser pauschale Eingriff unabhängig vom Vorliegen einer Essential Facility ist im deutschen Recht nicht vorgesehen. Dort wird es in § 10 Absatz 6 Satz 2 EIBV erlaubt, dem eigenen Rollmaterial einen gewissen Vorrang einzuräumen, falls dies für den Betriebsablauf erforderlich ist.

3 Wettbewerbsentwicklungen und Wettbewerbshindernisse im Schienenpersonennahverkehr

232. Die leicht positive Entwicklung des Wettbewerbs im Schienenpersonennahverkehr in Deutschland hat sich in den letzten Jahren fortgesetzt. Abbildung 3.1 zeigt, dass der Marktanteil der nichtbundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen dabei etwa entsprechend dem Trend der letzten Jahre wuchs. Der Wettbewerberanteil der in Zugkilometern (Zkm) gemessenen Betriebsleistung lag im Jahr 2010 bei 21,6 Prozent, während der Anteil der Wettbewerber an der in Personenkilometern (Pkm) gemessenen Verkehrsleistung lediglich 12,5 Prozent des gesamten Marktes betrug. Gegenüber 2008 liegt die Steigerung des Anteils der Verkehrsleistung bei etwa einem Prozentpunkt und die Steigerung des Anteils der Betriebsleistung bei etwa drei Punkten. Sehr deutlich ist damit auch, dass die nichtbundeseigenen Unternehmen Verkehrsleistungen mit eher geringerem Personenaufkommen anbieten. Dies ist höchstwahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass Wettbewerber eher Relationen mit prinzipiell geringerem Personenaufkommen bedienen, während stark frequentierte Hauptstrecken offensichtlich weiterhin insbesondere durch die Nahverkehrstochter der Deutschen Bahn AG, der DB Regio AG, bewirtschaftet werden.[216] Gegenüber 2008 hat sich dieser Trend weiter verstärkt. Während DB Regio AG die Auslastung ihrer Züge leicht steigern konnte, verzeichneten die Wettbewerber einen deutlichen relativen Rückgang der erbrachten Personenkilometer im Verhältnis zu den Zugkilometern. Aufgrund der durch die Bundesländer bestellten Verkehre hat sich die Finanz- und Wirtschaftskrise nicht auf die pro Jahr insgesamt erbrachte Zugleistung (in Zugkilometern) ausgewirkt. Auch die Verkehrsleistung (in Personenkilometern) ist im Schienenpersonennahverkehr im Krisenjahr 2009 gegenüber dem Vorjahr lediglich um ca. 0,5 Prozent zurückgegangen.

233. Ein stetiges, aber langsames Wachstum des Wettbewerbs ist im Schienenpersonennahverkehr deutlich erkennbar. In den vergangenen Jahren haben sich die Wettbewerber vermehrt am Markt für SPNV-Leistungen etabliert und neue Anbieter sind in den Markt eingetreten. Zu den größeren Marktteilnehmern gehören neben der DB Regio AG auch weitere Töchter von Staatsunternehmen wie die Keolis Deutschland GmbH & Co. (mehrheitlich im Besitz der französischen Staatsbahn SNCF), die Abellio GmbH (übernommen durch NedRailways B.V., die Wettbewerbstochter der sich in Staatsbesitz befindenden Niederländischen Eisenbahnen NS), die Netinera Deutschland GmbH (früher Arriva Deutschland GmbH,[217] mehrheitlich im Besitz der italienischen Staatsbahn Ferrovie dello Stato) und die SBB GmbH. Daneben sind Konzernunternehmen wie die Veolia Verkehr GmbH, die BeNEX GmbH, die trans regio Deutsche Regionalbahn GmbH und die Rhenus Veniro GmbH & Co. KG, Landesbahnen wie die AKN Eisenbahn AG, die Hessische Landesbahn (HLB), die Südwestdeutsche Verkehrs-Aktiengesellschaft (SWEG) und die Hohenzollerische Landesbahn AG (HzL) aktiv. Hinzu kommen einige Kommunalbahnen (beispielsweise die Albtal-Verkehrs-Gesellschaft mbH (AVG), die Erfurter Bahn GmbH (EB), die Chemnitzer Verkehrs- Aktiengesellschaft (CVAG) und die Saarbahn). Einige dieser Unternehmen agieren dabei lediglich als Dachgesellschaft regionaler Beteiligungen. Insgesamt ist eine sehr große Anzahl an Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonennahverkehr aktiv. Dazu zählen jedoch auch sehr kleine Bahngesellschaften und viele Tochtergesellschaften der genannten Unternehmen. Obwohl die Marktstruktur da-

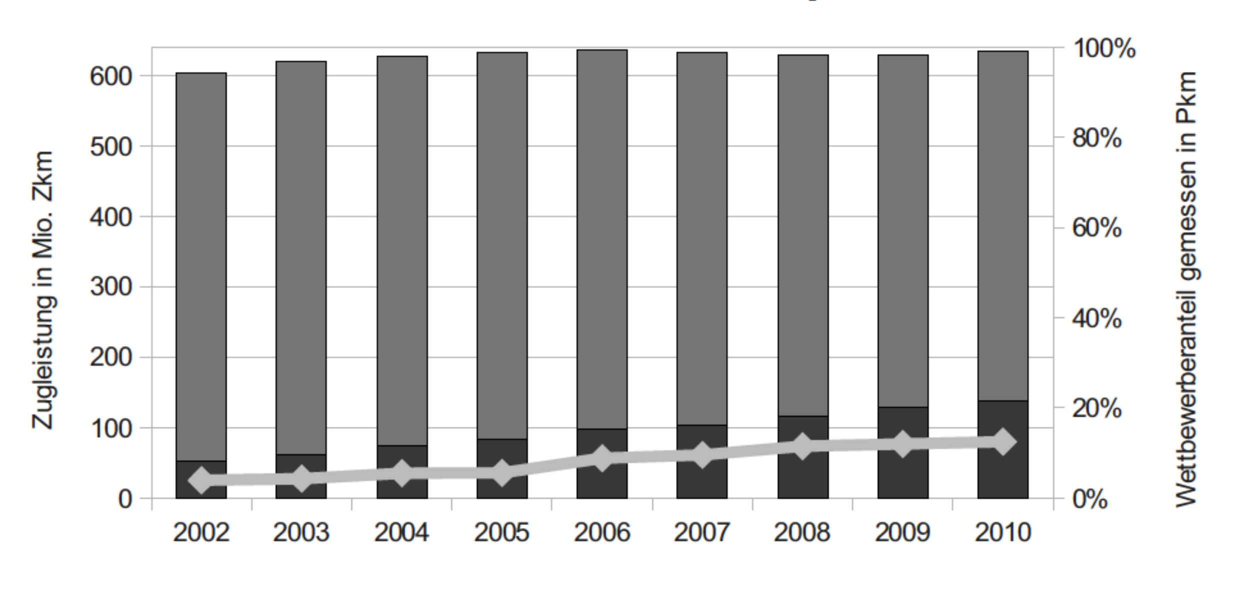
[215] Vgl.Bundestagsdrucksache 13/9720 vom 29. Januar 1998, Stellungnahme des Bundesrates, S. 73.

[216] Prinzipiell ist nicht auszuschließen, dass die DB Regio AG eine stärkere Nachfrage erzeugt als ihre Wettbewerber. Dies ist aus Marktanalysen jedoch nicht abzuleiten und aufgrund dessen, dass im Schienenpersonennahverkehr keine direkter Wettbewerb auf einzelnen Strecken stattfindet, sondern ganze Regionen jeweils durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen bedient werden, eher nicht zu vermuten.

[217] Im Zuge der Übernahme des britischen Verkehrskonzerns Arriva durch die Deutsche Bahn AG musste diese auf Weisung der Europäischen Kommission die deutsche Arriva-Tochter (jedoch nicht die Namensrechte) abgeben. Seit dem 21. März 2011 firmiert das Unternehmen unter dem neuen Namen Netinera.

Abbildung 3.1

Marktanteile der Wettbewerber im deutschen Schienenpersonennahverkehr



Quellen: Wettbewerbsberichte der Deutschen Bahn AG, Wettbewerber-Report Eisenbahnen 2010/2011, Statistisches Bundesamt; eigene Darstellung

mit durch eine Vielzahl von Wettbewerbern gekennzeichnet ist, hat die DB Regio AG mit ihren Tochterunternehmen mit einem Marktanteil von 87,5 Prozent an der Verkehrsleistung bzw. 78,4 Prozent an der Betriebsleistung dennoch weiterhin eine sehr dominante Position im deutschen SPNV-Markt inne.

234. Allein aufgrund dieser Daten kann jedoch keine wettbewerbsökonomische Beurteilung des Erfolgs der Wettbewerbsentwicklung erfolgen. Es ist vielmehr zu prüfen, auf welcher Basis diese Entwicklung erfolgt und auf welche Einflüsse sie zurückzuführen ist. Nur dann kann eine belastbare Aussage zur zukünftigen Wettbewerbsentwicklung und deren Herausforderungen getroffen werden. Zentral ist dazu die Darstellung und Analyse bestehender relevanter Wettbewerbshindernisse. Zu diesem Zweck werden zunächst die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs um den Markt durch Vergaben im Schienenpersonennahverkehr dargestellt. Neben der rechtlichen Situation werden Entwicklungen und Perspektiven der Vergaben von Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs untersucht. In der Folge befasst sich die Monopolkommission mit den Hindernissen effektiven Wettbewerbs in den prinzipiell wettbewerblichen Ausschreibungen. Abschließend werden die bestehenden Hindernisse der aktuellen Tarif- und Vertriebskooperationen analysiert.

3.1 Vergaben im Schienenpersonennahverkehr

235. Schienenpersonennahverkehr ist in Deutschland unter den vorliegenden Rahmenbedingungen nicht rentabel zu betreiben. Aus diesem Grund erfolgte die Liberalisierung der Märkte für Eisenbahnverkehrsleistungen auf den Transportmärkten in unterschiedlicher Art und Weise. Die Marktöffnung im Schienenpersonennahverkehr erfolgte dementsprechend nicht – wie im Fern- und Güterverkehr – durch Deregulierung, die es den Eisenbahnverkehrsunternehmen erlaubt, aus eigener Initiative Verkehrsleistungen anzubieten. Vielmehr wurde den Ländern und Regionen als Aufgabenträger die Möglichkeit eröffnet, SPNV-Leistungen zu bestellen. Durchschnittlich finanzieren sich die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonennahverkehr nur zu etwa 40 Prozent aus Fahrgasteinnahmen, die verbleibenden Kosten der Versorgung der Bevölkerung mit schienengebundenen Nahverkehrsleistungen müssen durch öffentliche Mittel gedeckt werden. Den Bundesländern werden gemäß dem Regionalisierungsgesetz (RegG)[218] zu diesem Zweck sog. Regionalisierungsmittel aus dem Bundeshaushalt in Höhe von etwa 7 Mrd. EUR jährlich zu Verfügung gestellt.[219] Die Zuständigkeit für Planung, Organisation und Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs ist bei den Aufgabenträgern des Schienenpersonennahverkehrs zu-

[218] Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27. Dezember 1993, BGBL. I S. 2378, 2395; zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Dezember 2007, BGBl. I S. 2871.

[219] Die 2007 beschlossene Anpassung des Regionalisierungsgesetzes sieht vor, ausgehend von Mitteln in Höhe von 6,675 Mrd. Euro für das Jahr 2008 diese Mittel jährlich um 1,5 Prozent zu erhöhen, sodass im Jahr 2014 eine Höhe von ca. 7,3 Mrd. Euro erreicht wird. Im Jahr 2014 soll die Höhe der Mittel für die Zeiträume ab 2015 erneut überprüft werden.

sammengeführt worden. Die Aufgabenträger ermitteln den Transportbedarf im Schienenpersonennahverkehr und kaufen die entsprechenden Verkehrsleistungen durch vertragliche Vereinbarungen mit Verkehrsunternehmen ein oder erlegen den Unternehmen diese Leistungen auf. Die 25 Aufgabenträgerorganisationen des Schienenpersonennahverkehrs in Deutschland bestellen pro Jahr fast 630 Millionen Zugkilometer bei zurzeit 69 Eisenbahnverkehrsunternehmen.

236. Ziel der Regionalisierung ist es, einen Markt für Leistungen im Schienenpersonennahverkehr zu entwickeln. Bei der Vergabe von Verkehrsleistungen sollen dabei Verkehrsverträge mit denjenigen Unternehmen geschlossen werden, die die geforderte Leistung am günstigsten erbringen können. So ist es auch innerhalb eines wettbewerblichen Ordnungsrahmens möglich, ein flächendeckendes Schienennahverkehrsangebot sicherzustellen.

237. Die Vergabe von Eisenbahnverkehrsaufträgen kann dabei auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Im Allgemeinen sind ein öffentliches Ausschreibungsverfahren und die Durchführung eines transparenten wettbewerblichen Verfahrens vorgesehen, an dem sich konkurrierende Verkehrsunternehmen mit ihren Angeboten beteiligen. Allerdings sind unter bestimmten Voraussetzungen auch eingeschränkte Ausschreibungsverfahren oder freihändige Vergaben möglich.[220]

238. Aus wettbewerbsökonomischer Perspektive ist die Ausschreibung als prinzipiell vorzuziehendes Verfahren zu sehen. Zum einen zwingt der Wettbewerbsdruck in Ausschreibungen die Anbieter, ihre Leistungen zu niedrigen Preisen anzubieten und zum Zweiten vereinfacht die Ausschreibung die Auswahl des effizientesten Anbieters. So wird durch eine wettbewerbliche Vergabe an den Anbieter mit dem besten Angebot zum günstigsten Preis eine effiziente Leistungserstellung ermöglicht.[221] Allerdings verkennt die Monopolkommission nicht, dass es in besonderen Einzelfällen durchaus möglich ist, auch durch gut ausgehandelte Direktvergaben angemessene Rahmenbedingungen zu erzielen. Die Monopolkommission ist dennoch der Auffassung, dass die Ausschreibungen von SPNV-Leistungen im Allgemeinen den Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit besser gerecht werden und zu effizienteren Ergebnissen führen als freihändige Vergaben.[222] Anekdotische Evidenz für diese These bieten die Erfahrungen der letzten Jahre, die gezeigt haben, dass der Übergang einzelner direkt vergebener SPNV-Verbindungen in den Ausschreibungswettbewerb teilweise zu erheblichen Senkungen der Bestellerentgelte geführt hat. Weitere Anzeichen für die Ineffizienz von Direktvergaben lassen sich aus dem Beihilfehauptverfahren der EU-Kommission, die eine Überkompensation der DB Regio AG vermutet,[223] ebenso ableiten wie aus den insgesamt überdurchschnittlichen Renditen der DB Regio AG.[224]

Wissenschaftliche Arbeiten, die sich mit den relativen Vorteilen der beiden Vergabemechanismen beschäftigen, existierten bisher kaum. In einer aktuellen empirischen Studie haben nun Lalive und Schmutzler[225] die Vergabepraxis in Deutschland untersucht. Dabei finden sie deutliche Effizienzsteigerungen durch wettbewerbliche Vergabeprozesse. Insgesamt zeigt sich ein Preisrückgang um 25 Prozent und eine Erhöhung der Bedienungshäufigkeit um 13 Prozent für ausgeschriebene Verkehrsleistungen im Vergleich zu Verhandlungen. Diese nachgewiesenen erheblichen Effizienzsteigerungen durch Ausschreibungswettbewerb machen deutlich, dass durch freihändige Vergaben eine enormes Wohlfahrtsteigerungspotenzial ungenutzt bleibt. Daher mahnt die Monopolkommission an, auf freihändige Vergaben höchstens übergangsweise in sehr vereinzelten Ausnahmesituationen zurückzugreifen und sonst auf wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren zu setzen.

3.1.1 Vergabe- und Beihilfenrecht hinsichtlich der Vergaben von SPNV-Aufträgen

239. Die Vergabeform ist abhängig von komplexen Vorschriften des deutschen und europäischen Rechts. Bei der Vergabe von SPNV-Leistungen handelt es sich um die Nachfrage privatwirtschaftlicher Leistungen durch öffentliche Auftraggeber. Bei der Vergabe dieser Leistungen sind die deutschen und europäischen Normen des Vergaberechts zu beachten. Zusätzlich relevant sind Normen des europäischen Beihilfenrechts, da die von der öffentlichen Hand gezahlten Entgelte prinzipiell geeignet sind, bestimmte Unternehmen zu begünstigen.

240. Die Vergabe von Verkehrsaufträgen im Schienenpersonennahverkehr war und ist Gegenstand intensiver rechtlicher Diskussionen. Insbesondere die freihändigen Vergaben großer Verkehrsaufträge an die DB Regio AG in den Jahren 2002 bis 2004 haben dazu geführt, dass sich Wettbewerber im Schienenpersonennahverkehr gegen diese Vergabepraxis rechtlich zur Wehr gesetzt haben. Große Aufmerksamkeit erlangten die Rechtsstreitigkeiten des Verkehrsverbundes Rhein-Ruhr (VRR) mit der DB Regio AG und Abellio, die schließlich durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Februar 2011 beendet wurden, sowie ein Beihilfeverfahren der Europäischen Kommission gegen den Verkehrsverbund Berlin-Brandenburg.

---

220 Vgl. Abschnitt 3.3.1. In der deutschen VOL/A wird in Abschnitt I der Begriff „freihändige Vergabe“ verwendet, während der korrespondierende Terminus der europäischen VO (EG) Nr. 1370/2007 die „Direktvergabe“ ist.

221 Vgl. beispielsweise Klemperer, P.D., Auctions, Theory and Practice, Princeton/N.J. 2004.

222 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 35 ff.

223 Vgl. Tz. 241.

224 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 37.

225 Lalive, R./Schmutzler, A., Auctions vs. Negotiations in Public Procurement – Evidence from Railway Markets, May 9, 2011, http://www.cepr.org/meets/wkcn/6/6691/papers/SchmutzlerFinal-P.pdf. Bereits früher hatten die Autoren eine ähnliche Studie zu Auswirkungen von Ausschreibungen auf die angebotene Bedienungshäufigkeit erarbeitet; vgl. Lalive, R./Schmutzler, A., Exploring the effects of competition for railway markets, International Journal of Industrial Organisation 26(2), 2008, S. 443-458.

Die komplexe Rechtslage hat dazu beigetragen, dass in der Vergangenheit die wettbewerbspolitischen Ziele und Diskussionen der Liberalisierung gegenüber den aufwendigen Rechtsstreitigkeiten zurückgetreten sind.

3.1.1.1 Beihilfenrechtliche Situation

241. Die Vergabe von Verkehrsaufträgen wird durch das europäische Beihilfenrecht beeinflusst, da die von den Aufgabenträgern gezahlten Entgelte prinzipiell geeignet sind, selektiv Eisenbahnnahverkehrsunternehmen zu begünstigen. So hat beispielsweise die Europäische Kommission im Oktober 2007 beschlossen, ein Beihilfehauptverfahren gegen Deutschland einzuleiten.[226]

Im Dezember 2009 trat die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Kraft, die den zunehmenden Wettbewerbsprozessen im öffentlichen Verkehr und den damit verbundenen Ausgleichszahlungen im Schienenpersonennahverkehr einen regulatorischen Rahmen geben sollte.[227]

242. Im Gegensatz zur vorherigen Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 existiert in der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 keine Unterscheidung zwischen Ausgleichsleistungen, die sich aus einseitig auferlegten Verpflichtungen ergeben, und solchen, die auf einen Verkehrsvertrag zurückzuführen sind. Dadurch fallen alle Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Artikel 93 AEUV (ex-Artikel 73 EGV) unter die Ausnahme vom allgemeinen europäischen Beihilfenverbot des Artikel 107 Absatz 1 AEUV (ex-Artikel 87 EGV) und sind gemäß Artikel 9 Absatz 1 VO 1370/2007 auch von der beihilfenrechtlichen Notifizierungspflicht ausgenommen. Für Verkehrsverträge, die auf Basis der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 geschlossen werden, gelten nun spezielle inhaltliche Auflagen. Diese orientieren sich unter anderem an den Kriterien, denen Zuwendungen im Verkehrssektor nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Verfahren „Altmark Trans“ aus dem Jahre 2003 folgen müssen, um nicht als Beihilfe klassifiziert zu werden.[228] Dazu gehören nach Artikel 4 Absatz 1 lit. a VO 1370/2007 eine klare Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und gemäß Artikel 4 Absatz 1 lit. b VO 1370/2007 die Berechnung der Ausgleichszahlungen nach zuvor in objektiver und transparenter Weise aufgestellten Methoden. Dabei ist eine übermäßige Ausgleichszahlung zu vermeiden und der Ausgleich soll auf die finanziellen Nettowirkungen beschränkt werden, um die Nettoauswirkungen auf Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zurückzuführen sind. Ein angemessener Gewinn darf berücksichtigt werden.

Die Bedeutung der Verordnung erstreckt sich nur auf die Vorschriften zum Beihilfenrecht. Sie enthält keine Pflicht, die Auftragsvergabe durch Ausschreibungen zu organisieren. Für Dienstleistungsaufträge im öffentlichen Personennahverkehr sieht die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Artikel 5 Absatz 3 zwar grundsätzlich ein wettbewerbliches Verfahren vor, allerdings sind nach Artikel 5 Absatz 6 Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr explizit davon ausgenommen.[229] Dabei wird das in der Verordnung normierte Wahlrecht zwischen wettbewerblichen und freihändigen Vergaben von SPNV-Aufträgen unter den Vorbehalt abweichender nationaler Regelungen gestellt, sodass eine Prüfung der Bestimmungen nach nationalem Recht möglich bleibt.[230]

243. Unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten bleibt damit vor allem zu klären, ab wann eine Überkompensation vorliegt. Es ist davon auszugehen, dass bei Verkehrsverträgen, die im Rahmen von Ausschreibungen vergeben wurden, eher keine Überkompensation zu vermuten ist. Insbesondere ist nach Auffassung der Monopolkommission dann keine Überkompensation anzunehmen, wenn der Verkehrsvertrag in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben wurde, in welchem mehr als ein Eisenbahnverkehrsunternehmen ein kompetitives Angebot unterbreitet hat. Sollte sich dennoch eine überdurchschnittliche Rendite erwirtschaften lassen, so ist dies insbesondere im Zusammenhang mit Nettoverträgen ein Ergebnis des vom Unternehmen eingepreisten Risikos oder von Effizienzsteigerungen. Allgemein ist davon auszugehen, dass erfolgreiche Unternehmen in wettbewerblichen Ausschreibungen nur tatsächlich vorhandene Risiken einpreisen und das erfolgreiche Angebot die Bedienung zu den geringsten Kosten ermöglicht. Im Falle von Direktvergaben können überdurchschnittliche Renditen jedoch nicht pauschal auf nicht eingetretene Risiken zurückgeführt werden, sodass Zahlungen, die im Rahmen von Direktvergaben vereinbart wurden, immer mit einer rechtlichen Unsicherheit in Bezug auf die Vereinbarkeit mit bestehendem Beihilfenrecht verbunden sind.[231]

---

[226] Vgl. EU-Kommission, Verfahren zur Durchführung der Wettbewerbspolitik, Staatliche Beihilfe C 47/07 (ex NN 22/05) – Öffentlicher Dienstleistungsvertrag zwischen Deutsche Bahn Regio und den Ländern Berlin und Brandenburg, ABl. EU Nr. C 35 vom 8. Februar 2008, S. 13. Das Verfahren richtete sich gegen den Ende 2002 geschlossenen und bis Ende 2012 laufenden Verkehrsvertrag zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg und der DB Regio AG, der eine Kompensation von 2,5 Mrd. EUR für die darin vereinbarten Verkehrsleistungen vorsah. Fraglich ist, ob es bei dem Abschluss dieses Verkehrsvertrags zu einer Überkompensation der DB Regio AG gekommen ist. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

[227] Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1. Die komplexe Rechtslage vor und nach Inkrafttreten der Verordnung hat die Monopolkommission bereits im vergangenen Sondergutachten ausführlich dargestellt; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 2.3.1.

[228] Vgl. EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747, Rn. 87 f.

[229] Dabei begrenzt Artikel 5 Absatz 6 VO 1370/2007 die Laufzeit von schienengebundenen Verkehrsverträgen im Falle von Direktvergaben auf zehn Jahre, während nach Artikel 4 Absatz 3 sonst Laufzeiten von bis zu 15 Jahren möglich sind. Artikel 4 Absatz 4 formuliert dazu verschiedene Ausnahmen. Außerdem sind Vergaben an rechtlich selbständige, öffentlich-rechtlich kontrollierte Eigenbetriebe (Inhouse-Vergaben) nach Artikel 5 Absatz 2 von der Ausschreibungspflicht ausgenommen.

[230] Vgl. dazu Abschnitt 3.1.1.2.

[231] Anzumerken ist, dass eine Überkompensation auch im Falle eines eher geringen Gewinns zumindest dann denkbar ist, wenn die Leistungserstellung besonders ineffizient erfolgt.

244. Obwohl die beihilfenrechtliche Situation durch die neue Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 transparenter wird, besteht nach Meinung der Monopolkommission weiterhin eine nicht unerhebliche Unsicherheit darüber, wie das Verbot der Überkompensation zu beurteilen ist. Nach der Verordnung darf lediglich ein angemessener Gewinn berücksichtigt werden, sodass die Beurteilung eines verhandelten Bestellerentgelts, das im Nachhinein zu einer überdurchschnittlichen Rendite führt, unklar bleibt. Die Monopolkommission vertritt hier weiterhin die Auffassung, dass eine strenge Auslegung erfolgen sollte, bei der eine Überkompensation im Falle eines überdurchschnittlichen Gewinns so lange anzunehmen ist, wie der Nachweis nicht erbracht ist, dass dieser Gewinn auf eine besonders effiziente Leistungserbringung zurückzuführen ist.[232] Auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit bezüglich der beihilfenrechtlichen Situation ist den Aufgabenträgern daher zu empfehlen, Verkehrsverträge über den Weg der wettbewerblichen Vergabeverfahren abzuschließen.

3.1.1.2 Vergaberechtliche Pflichten der Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr

245. Die vergaberechtlichen Pflichten der Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr ergeben sich maßgeblich aus den Normen des europäischen und deutschen Vergaberechts.[233] Im deutschen Recht finden sich Vorschriften zu Vergaben im Allgemeinen Eisenbahngesetz, im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in der zum Jahresende 2014 auslaufenden Verordnung über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Vergabeverordnung, VgV) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A).

246. Lange war ungeklärt, ob das Eisenbahnrecht die Anwendung der §§ 97 ff. GWB ausschließt oder ob bei der Vergabe von SPNV-Verträgen die allgemeinen Vergabevorschriften Anwendung finden.[234] Gemäß § 15 Absatz 2 AEG können Aufgabenträger Verkehrsverträge ausschreiben. Im Umkehrschluss ergibt sich aus der Formulierung keine Pflicht zur Ausschreibung. Das allgemeine Vergaberecht sieht dagegen nach § 3 Absatz 2 Satz 1 VOL/A öffentliche Ausschreibungen als Regelfall vor und Abweichungen davon in Form von beschränkten Ausschreibungen oder freihändigen Vergaben nach § 3 Absatz 2 Satz 2 VOL/A als besonders zu rechtfertigende Ausnahmen.[235] Zusätzlich ist die Übergangsvorschrift des § 4 Absatz 3 VgV bis zu ihrem geplanten Auslaufen zum Jahresende 2014 zu berücksichtigen, auch wenn deren allgemeine Gültigkeit in der Literatur[236] und Entscheidungspraxis[237] umstritten ist. Nach § 4 Absatz 3 VgV sind freihändige Vergaben von Dienstleistungsaufträgen im Schienenpersonennahverkehr nur im Sinne einmalig befristeter Verlängerungen einzelner Linien von bis zu drei Jahren (§ 4 Absatz 3 Nummer 1 VgV) oder dann möglich, wenn bei Verträgen zwischen drei und zwölf Jahren ein wesentlicher Teil der Leistungen während der Vertragslaufzeit ausläuft und dann über Ausschreibungen neu vergeben wird (§ 4 Absatz 3 Nummer 2 VgV).

247. In der Vergangenheit gab es zur Anwendungspflicht des Vergaberechts unterschiedliche Urteile. 2003 hatte das Oberlandesgericht Brandenburg über die freihändige Vergabe der brandenburgischen Verkehrsleistungen an die DB Regio AG entschieden, dass die Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen nicht in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts falle, da nach Meinung des Gerichts § 15 Absatz 2 AEG die vorrangige Regelung sei, welche ein Wahlrecht darüber eröffne, ob die Verkehrsleistung direkt vergeben oder im Wettbewerb ausgeschrieben wird.[238] Die Reaktionen auf dieses Urteil waren uneinheitlich. Die Frage nach der Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts war im Anschluss Gegenstand einiger Verfahren, ohne dass es zu einer abschließenden Klärung kam.[239] Die Europäische Kommission eröffnete ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, da ihrer Auffassung nach ein Fehlverständnis des europäischen Rechts vorlag. Die Landesverkehrsminister verständigten sich daraufhin, Verkehrsaufträge nach einem sog. Fünf-Punkte-Verfahren zu vergeben, nach welchem Aufträge europaweit bekannt gegeben und alle Interessenbekundungen überprüft werden, eine faire Auswahl mehrerer Verhandlungspartner getroffen wird und die Verhandlungen und Zuschlagserteilung diskriminierungsfrei verlaufen. Das Vertragsverletzungsverfahren wurde daraufhin eingestellt.[240]

248. Mit seinem Beschluss vom 8. Februar 2011 entschied der Bundesgerichtshof im Sinne der Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts.[241] Gegenstand des Musterverfahrens war ein Vertrag im Wert von 1 Mrd. Euro, den der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr ohne förmliche Ausschreibung direkt an die DB Regio AG vergeben hatte.[242]

---

[232] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 52.

[233] Für eine ausführliche Darstellung der Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Verkehrsaufträge im europäischen Recht vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 54 f.

[234] Vgl. zur Diskussion der Fragestellung, ob § 15 Absatz 2 AEG die Anwendungen des Vergaberechts verdrängt beispielsweise Kühling, J., Ausschreibungswettbewerb im Schienenpersonennahverkehr? – Zum Verhältnis von Paragraph 15 Absatz 2 AEG und allgemeinem Vergaberecht, Vergaberecht 10(6), 2010, S. 870-877.

[235] Rechtfertigungsgründe für beschränkte Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb finden sich in § 3 Absatz 3 VOL/A, für beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb in § 3 Absatz 4 VOL/A und für freihändige Vergaben in § 3 Absatz 5 VOL/A.

[236] Vgl. Bischoff in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, Kompaktkommentar, Köln 2008, § 4 VgV Rn. 3 ff.

[237] VK Brandenburg, Beschluss vom 10. Februar 2003, VK 80/02; VK Magdeburg , Beschluss vom 3. Februar 2003, VK/18/02.

[238] Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 2. September 2003, Verg W 3/03 und 5/03 „Connex/Berlin-Brandenburg“, gegen eine Ausschreibungspflicht; aus formellen Gründen nicht beanstandet durch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 6. Dezember 2006, 1 BvR 2085/03 „Connex/Berlin-Brandenburg“.

[239] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 56.

[240] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 224 f. In der Folge wurde dieses Verfahren wieder aufgenommen; vgl. EU-Kommission, Verfahren zur Durchführung der Wettbewerbspolitik, Staatliche Beihilfe C 47/07 (ex NN 22/05) – Öffentlicher Dienstleistungsvertrag zwischen Deutsche Bahn Regio und den Ländern Berlin und Brandenburg, ABl. EU Nr. C 35 vom 8. Februar 2008, S. 13.

[241] BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10.

[242] Vgl. auch Abschnitt 3.1.2.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte in einem Beschluss vom 21. Juni 2010 der bis dahin wegweisenden Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg widersprochen.[243] Das Oberlandesgericht Düsseldorf war der Ansicht, dass die vorliegende Vergabe im Schienenpersonennahverkehr nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu bewerten sei und damit freihändige Vergaben gemäß § 15 Absatz 2 AEG nicht allgemein zulässig seien. Zur abschließenden Klärung legte es die Sache nach § 124 Absatz 2 Satz 1 GWB dem Bundesgerichtshof vor.

249. Der Bundesgerichtshof schloss sich der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf an. Er ging von der Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts aus und lehnte damit eine Verdrängung durch § 15 AEG ab.[244] Auch stellte der Gerichtshof klar, dass sich an der Anwendung des GWB-Kartellrechts durch das Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 keine Änderung ergeben hat.

Der Bundesgerichtshof machte in seinen Ausführungen deutlich, dass er den Verzicht auf die als Regelfall vorgesehene öffentliche Ausschreibung nach § 3 Absatz 2 Satz 1 VOL/A als besonders zu rechtfertigende Ausnahme ansieht.[245] Der Gerichtshof lehnt sowohl bereits geführte Vergleichsverhandlungen als auch die Investitionswilligkeit des bisherigen Auftragnehmers als Rechtfertigungsgrund für freihändige Vergaben gemäß § 3 Absatz 5 lit. a VOL/A ab. Nur wenn eine Ausschreibung gezeigt hat, dass aufgrund der geringen Beteiligung kein wirtschaftliches Ergebnis vorliegt, kann unter engen Voraussetzungen die Aufhebung der Ausschreibung und eine exklusive Verhandlung nach § 3 Absatz 5 lit. a VOL/A erfolgen. Obwohl der Bundesgerichtshof im vorliegenden Sachverhalt eine freihändige Vergabe im Zuge einer geringfügigen Nachbestellung im Sinne des § 3 Absatz 5 lit. d VOL/A ablehnt, ist davon auszugehen, dass diese Rechtfertigung in zukünftigen Vergaben eine Rolle spielen wird. So kann beispielsweise auf dieser Grundlage die Harmonisierung der Laufzeiten von Verträgen erreicht werden.[246]

Vom Bundesgerichtshof wird die Bedeutung der Aufteilung der Aufträge in einzelne Lose zur Schaffung von Wettbewerb betont. Nach § 97 Absatz 3 GWB und § 2 Absatz 2 Satz 2 VOL/A kann darauf nur verzichtet werden, wenn dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen geboten ist, jedoch darf dies nicht zu einer Verteuerung der Leistung führen. Aus technischen Gründen ist nach Darstellung des Gerichtshofs eine Bündelung von Linien, die für eine sinnvolle Integration des Netzes erforderlich sind, möglich.[247]

250. Die Monopolkommission begrüßt die lange fällige Grundsatzentscheidung mit ihrem klaren Votum für die Anwendung des GWB-Vergaberechts und einer Stärkung der Vergaben durch wettbewerbliche Ausschreibungen. Die Entscheidung sorgt schließlich für Rechtssicherheit in einer für den Schienenpersonennahverkehr sehr wichtigen Frage und schafft ein belastbares Rechtsregime für SPNV-Vergaben. Insbesondere ist deutlich gemacht worden, dass eine restriktive Anwendung der Möglichkeit des Rückgriffs auf freihändige Vergaben nach § 3 Absatz 5 VOL/A und § 4 Absatz 3 VgV seitens des Bundesgerichtshofs zu erwarten ist. Dies sollten Aufgabenträger entsprechend berücksichtigen.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass die jahrelangen Unklarheiten in Bezug auf die Anwendbarkeit der Bedingungen für Direktvergaben signifikante volkswirtschaftliche Kosten verursacht haben. Diese hätten durch eine klarere Fassung der Normen vermieden werden können.

3.1.1.3 Diskussion über eine Veränderung des bestehenden Vergaberechts

251. Auf Initiative von Nordrhein-Westfalen beraten die Bundesländer derzeit eine Gesetzesänderung, die es ihnen erlauben soll, auch weiterhin Verträge für Regionalstrecken direkt zu vergeben, statt auszuschreiben. In § 15 AEG soll demnach klargestellt werden, dass auch eine direkte Vergabe von Verträgen im Schienenpersonennahverkehr zulässig ist. Mit dieser Gesetzesänderung wollen die Länder der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs teilweise entgegenwirken. Ein entsprechender Antrag wurde am 25. November 2010 in den Bundesrat eingebracht.[248]

252. Freihändige Vergaben können dann angebracht sein, wenn die Laufzeiten verschiedener Verkehrsverträge harmonisiert werden sollen. So kann die Verbindung mehrerer Linien, deren Verkehrsverträge zu unterschiedlichen Zeitpunkten auslaufen, erwünscht sein. Dadurch kann der berechtigte Wunsch entstehen, einen Vertrag zeitlich befristet zu verlängern und so zu einheitlichen Vergabezeitpunkten zu gelangen. So kann eine umfassende Ausschreibung ermöglicht werden.

253. Die Monopolkommission erkennt jedoch kein hinreichendes Bedürfnis für ein eigens ausgearbeitetes SPNV-Vergaberecht, da mit der Anwendbarkeit der VOL/A ausreichend Spielräume für die Aufgabenträger verbleiben. So kann der Rechtfertigungsgrund einer geringfügi-

[243] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10, WuW/E DE-R 3040.

[244] Da im vorliegenden Fall auch keine Ausnahmevorschrift vorlag, erklärte der Bundesgerichtshof den Änderungsvertrag für unwirksam.

[245] Vgl. ausführlich Kühling, J., Ausschreibungspflichten im Schienenpersonennahverkehr nach dem BGH-Beschluss vom 8. Februar 2011, InfrastrukturRecht 8(5), 2011, S. 101–107.

[246] Vgl. Tz. 252.

[247] Zur Darstellung weiterer wichtiger Folgefragen des Urteils wie die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und -konzession oder die Reichweite von In-House-Vergaben im Schienenpersonennahverkehr vgl. Kühling, J., Ausschreibungspflichten im Schienenpersonennahverkehr nach dem BGH-Beschluss vom 8.2.2011, a. a. O.

[248] Bundesratsdrucksache 779/10, Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, 25. November 10, http://www.bundesrat.de/cln_161/nn_8336/SharedDocs/Drucksachen/2010/0701-800/779-10,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/779-10.pdf

gen Nachbestellung im Sinne des § 3 Absatz 5 lit. d VOL/A in zukünftigen Vergaben genutzt werden, um eine Harmonisierung der Laufzeiten von Verträgen zu erreichen. Bis zu ihrem geplanten Auslaufen zum Jahresende 2014 kann darüber hinaus auf die Vorschrift des § 4 Absatz 3 VgV zurückgegriffen werden. Auch erscheinen der Monopolkommission die Möglichkeiten des § 4 Absatz 3 VgV ausreichend, um beispielsweise denjenigen Marktakteuren, die auf das Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg vertraut haben, Anpassungen an die nun bestehende rechtliche Lage zu ermöglichen.

Insgesamt ist es für die Monopolkommission nicht ersichtlich, dass die derzeitige durch den BGH-Beschluss präzisierte Rechtslage und die bestehenden Ausnahmemöglichkeiten nicht ausreichen könnten, um den Anforderungen der Praxis zu genügen. Dies ist insbesondere der Fall, da Aufgabenträger schon in der jüngeren Vergangenheit zunehmend auf Ausschreibungen zurückgegriffen haben und auch vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs planten, dies weiterhin zunehmend zu tun (vgl. Abbildung 3.2 in Abschnitt 3.2).

254. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte keinesfalls ein sektorspezifisches Vergaberecht für den Schienenpersonennahverkehr gestaltet werden. Eine generelle, gesetzlich geregelte Zulässigkeit der Direktvergabe gleichrangig neben der wettbewerblichen Vergabe könnte den Wettbewerb massiv beeinträchtigen. Deshalb ist eine restriktive Handhabung von Direktvergaben in dem Sinn erforderlich, dass diese nur dann zum Tragen kommen, wenn dadurch gesamtwirtschaftliche Vorteile bestehen und darüber hinaus der Wettbewerb gefördert wird.

3.1.2 Anwendung des Kartellrechts durch das Bundeskartellamt

255. Dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 8. Februar 2011 gingen langjährige Rechtsstreitigkeiten voraus. Insbesondere im Vorfeld der Entscheidungsverkündung kam es nach Informationsstand der Monopolkommission auch mit Unterstützung von politischen Akteuren zu Planungen wettbewerbsschädigender Handlungen, welche nur durch das entschiedene Eingreifen des Bundeskartellamtes gestoppt werden konnten.

256. Ausgelöst wurde die rechtliche Auseinandersetzung durch den Verkehrsverbund Rhein-Ruhr, der 2007 eigene Verstöße gegen das Beihilfenrecht als Grund für die Nichtigkeit eines mit der DB Regio AG geschlossenen Verkehrsvertrags vorbrachte. Der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr hatte zum Dezember 2003 einen 15 Jahre laufenden Verkehrsvertrag mit der DB Regio AG geschlossen, aus dem 60 Prozent der vereinbarten Leistungen bis 2015 schrittweise im Wettbewerb vergeben werden sollten. Der VRR war jedoch nachträglich mit der Höhe der vereinbarten Vergütung unzufrieden und ließ ein Gutachten erstellen, das eine Überkompensation durch den bestehenden Vertrag attestierte. Daraufhin kürzte der VRR pauschal die Leistungsentgelte und machte neben Schlechtleistungen die mutmaßliche Überkompensation als Verstoß gegen das Beihilfenrecht geltend. Während der gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen der DB Regio AG und dem VRR einigten sich beide Parteien und das Land Nordrhein-Westfalen auf ein „Eckpunktepapier zur Verbesserung des Schienenpersonenverkehrs im Bereich des VRR“, in dem zusätzliche Leistungen der DB Regio AG vereinbart wurden.[249] Dies bedeutete faktisch eine Verlängerung des bestehenden Verkehrsvertrags,[250] worauf nach dem Informationsstand der Monopolkommission insbesondere Ministeriumsmitarbeiter des Landes Nordrhein-Westfalen hingewirkt hatten. Der VRR gab dementsprechend im EU-Amtsblatt seine Absicht bekannt, mit der DB Regio AG einen Vergleichsvertrag zu schließen, nach dem der S-Bahn-Verkehr bis zum Jahr 2023 von der DB Regio AG durchgeführt werden sollte. Hiergegen wandte sich die Abellio Rail NRW GmbH mit der Begründung, der Vertrag habe als wesentliche Änderung eines vergabepflichtigen Vertrags ausgeschrieben werden müssen. Abellio meldete selbst Interesse an einer einzelnen Linie an. Ein entsprechender Vergabenachprüfungsantrag war bei der zuständigen Vergabekammer[251] überwiegend erfolgreich, wogegen sich der VRR und die DB Regio AG wandten. Auch nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf war der Nachprüfungsantrag von Abellio zulässig und – zumindest vorwiegend – auch begründet. An einer entsprechenden Entscheidung sah sich der Senat jedoch durch tragende Erwägungen anderer Oberlandesgerichte gehindert. Aus diesem Grund legte das Oberlandesgericht Düsseldorf die Sache gemäß § 124 Absatz 2 Satz 1 GWB dem Bundesgerichtshof vor.

257. Während der Fall als Divergenzvorlage beim Bundesgerichtshof lag, hat das Bundeskartellamt Ende November 2010 Hinweise erhalten, dass sich Abellio und die DB Regio AG in Verhandlungen bezüglich der einvernehmlichen Beilegung des Vergaberechtsstreites befanden. Nach diesen Informationen sollte Abellio ihren Nachprüfungsantrag zurücknehmen. Im Gegenzug sollte sie von der DB Regio AG, der Beigeladenen im Vergaberechtsstreit, eine wirtschaftliche Gegenleistung erhalten. Gespräche zwischen dem Bundeskartellamt und den Beteiligten haben später bestätigt, dass die DB Regio AG sowie Abellio beabsichtigten, zur einvernehmlichen Beendigung des Vergabenachprüfungsverfahrens einen Vergleich zu schließen. In dem Vergleich sollte sich Abellio verpflichten, ihren Nachprüfungsantrag zurückzunehmen. Im Gegenzug sollte die DB Regio AG mit Abellio einen Subunternehmervertrag bezüglich der S-Bahn-Linien S5 und S8 im VRR-Gebiet schließen, der ab dem Fahrplanwechsel 2012/2013 in Kraft treten sollte. Dem Abschluss eines solchen Subunternehmervertrags sollte der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr zustimmen. Die Rücknahme des Nachprüfungsantrags durch Abellio hätte die erwartete Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs mit

[249] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 46 ff.
[250] Gegen eine Verlängerung des Vertrags zwischen dem VRR und der DB Regio AG hat der Interessenverband der Wettbewerber im Schienenpersonennahverkehr, Mofair e. V., am 6. März 2009 Beihilfebeschwerde bei der Europäischen Kommission eingelegt.
[251] VK Münster, Beschluss vom 18. März 2010, VK 1/10.

einer deutlichen Stärkung von wettbewerblichen Vergaben und Einschränkungen der Direktvergabemöglichkeiten verhindert. An den Vergleichsverhandlungen war nach Informationen der Monopolkommission die Abteilung für Verkehr des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr[252] des Landes Nordrhein-Westfalen maßgeblich beteiligt.[253]

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes begründeten die Hinweise aus der Branche den Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen § 1 GWB, Artikel 101 AEUV (Abkauf von Wettbewerb). Im Schreiben vom 2. Dezember 2010 teilte das Bundeskartellamt dieses den Beteiligten mit.

Mit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde allgemein Anfang Dezember 2010 gerechnet. In der am 7. Dezember stattfindenden Verhandlung wies der Senat zunächst die Vertagungsanträge der Beteiligten zurück und verhandelte die Sache. Der Bundesgerichtshof traf jedoch keine Entscheidung, sondern bestimmte den 8. Februar 2011 als Verkündungstermin. Er gab den Beteiligten auf, dem Senat bis zum 25. Januar 2011 eine etwaige andere Verfahrenserledigung anzuzeigen.[254]

Die Beteiligten hatten erklärt, ihre Gespräche über einen Vergleich nach Erhalt des Schreibens des Bundeskartellamtes vom 2. Dezember 2010 abgebrochen zu haben. Aus Sicht des Amtes wurde jedoch der Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen § 1 GWB, Artikel 101 AEUV nicht ausgeräumt. Dies hat das Bundeskartellamt den Beteiligten in weiteren Schreiben vom 14. Januar 2011 ausführlich dargelegt, in denen es den Beteiligten die Einleitung von Ordnungswidrigkeitenverfahren gemäß § 81 GWB in Verbindung mit § 1 GWB, Artikel 101 AEUV ankündigte, sofern Abellio ihren Nachprüfungsantrag zurücknehme und dafür irgendeine Art von Gegenleistung erhalte. Abellio machte deutlich, keine weiteren Vergleichsverhandlungen mit der DB Regio AG mehr führen und am Nachprüfungsantrag festhalten zu wollen.

258. Vor dem dargestellten Hintergrund begrüßt die Monopolkommission das entschiedene Vorgehen des Bundeskartellamtes, welches das klare Votum des Bundesgerichtshofs für die Anwendung des Vergaberechts ermöglicht hat. Gleichzeitig ist die Intention einer nachhaltigen Schädigung des Wettbewerbs im Schienenverkehr durch die an den Vergleichsverhandlungen beteiligten Akteure scharf zu kritisieren.

[252] Das ehemalige Ministerium für Bauen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen ging im Juli 2010 in das Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen auf.

[253] Der damalige Leiter dieser Abteilung wechselte inzwischen zum Verband Deutscher Verkehrsunternehmer (VDV) und ist nun deren Hauptgeschäftsführer.

[254] Einen Einfluss auf das Verschieben der Entscheidung des Bundesgerichtshofs hatte auch der kurzfristige Wechsel des Anwalts des VRR. Dabei beauftragte der VRR einen Anwalt, der im Rahmen der dargestellten Streitigkeiten bereits ein Gutachten im Auftrag der Deutschen Bahn AG verfasst hatte, welches das Unternehmen im Streit über die Überkompensation 2008 gegen den VRR genutzt hatte.

3.2 Motive für Direktvergaben und Wettbewerbsfahrpläne im Schienenpersonennahverkehr

259. Der Grund, warum die Marktanteile der Wettbewerber im Nahverkehr nicht stärker zugenommen haben, ist auch darin zu sehen, dass viele Bundesländer bzw. Verkehrsverbünde die Betreiberrechte ohne Ausschreibungen mit langfristigen Verträgen direkt an die DB Regio AG vergeben haben und auch in jüngerer Vergangenheit bei auslaufenden Verträgen das Ausschreibungsverfahren nicht immer üblich war. Ein geringes Ausschreibevolumen deutet nach allgemeiner Ansicht auf eine geringe Wettbewerbsintensität hin.

260. Zur Bestellung der Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs stellt der Bund den Ländern begrenzte Regionalisierungsmittel zu Verfügung. Dadurch entstehen den Ländern bzw. Aufgabenträgern des Schienenpersonennahverkehrs Anreize, Verkehrsverträge mit möglichst hoher Leistungsqualität bei gleichzeitig geringen Entgelten abzuschließen. Die regionalen Besteller haben so die Möglichkeit, durch wettbewerbliche Vergabe Effizienzpotenziale zu heben. Trotz des festgelegten Budgets können Einsparungen dann für ein zusätzliches Angebot im Schienenpersonennahverkehr verwendet werden. Da die Aufgabenträger und der Staatskonzern Deutsche Bahn AG eigentumsrechtlich nicht verbunden sind, besteht für die Aufgabenträger kein ersichtliches direktes Interesse, der DB Regio AG durch intransparente Direktvergaben zu einer Überkompensation zu verhelfen. Dennoch haben sich Aufgabenträger aus unterschiedlichen Gründen in der Vergangenheit häufig dafür entschieden, Direktvergaben – meist an die DB Regio AG – anstelle von Ausschreibungen durchzuführen.

261. Für Aufgabenträger bestand bei der Vergabe von großen SPNV-Aufträgen oft das Problem, dass nur die DB Regio AG das komplette Verkehrsvolumen bedienen konnte. Die Ursache lag darin, dass andere Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht in der Lage waren, in der zur Verfügung stehenden Vorlaufzeit die benötigten Fahrzeuge zu finanzieren und zu beschaffen, und dass sie teilweise in den ersten Jahren des Wettbewerbs nicht über das notwendige Know-how zum Betrieb großer, komplexer Netze verfügten. So war der Markt praktisch auf einen Anbieter beschränkt. Die Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr haben vor diesem Hintergrund in vielen Fällen das Ausschreibungsdesign nach und nach allerdings so angepasst, dass möglichst vielen Wettbewerbern die Teilnahme an Vergabeverfahren ermöglicht wurde.

262. Einen weiteren Vorteil im Wettbewerb um SPNV-Aufträge hat die Deutsche Bahn AG durch die integrierte Struktur. Neben den in Kapitel 2 ausführlich dargestellten Diskriminierungspotenzialen, die sich durch den notwendigen Bezug von Vorleistungen bei der Deutschen Bahn AG ergeben, gewährt die Verbindung von Infrastruktur- und Transportunternehmen in Verhandlungen über Verkehrsverträge zusätzliche Verhandlungsmacht. Dies ergibt sich vor allem aus der Möglichkeit, Entscheidungen über Investitionen in die Infrastruktur, wie über den Aus-

bau von Strecken, die Sanierung von Bahnhöfen, die Errichtung neuer oder die Stilllegung alter Haltestellen, zu treffen. Die Bundesländer bzw. Aufgabenträger befinden sich in einem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber diesen Entscheidungen. Das Potenzial der Verknüpfung einer Investitionsentscheidung mit einer SPNV-Vergabe kann eine Vergabeentscheidung zugunsten der Deutschen Bahn AG beeinflussen.[255] So besteht die Gefahr von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen. Beispielsweise wurde öffentlich der Verdacht geäußert, dass das Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Verkehr Baden-Württemberg mit der Deutschen Bahn AG einen Vertrag geschlossen hat, bei dem eine Investitionsentscheidung von einer Direktvergabe abhängig gemacht wurde.[256] Eine Vereinbarung des Ministeriums mit der Deutschen Bahn AG hatte 2001 die damals ins Stocken geratene Planung für das Verkehrs- und Städtebauprojekt zur Neuordnung des Eisenbahnknotens Stuttgart („Stuttgart 21“) wieder in Gang gebracht. Die Vereinbarung enthielt neben einem Angebot zur Vorfinanzierung auch eine Absichtserklärung des Landes, mit der Deutschen Bahn AG freihändig einen Verkehrsvertrag zu schließen und über das damalige Verkehrsangebot hinausgehende Zugkilometer zu bestellen. Die daraus entstandene Direktvergabe wurde schließlich durch das Land Baden-Württemberg am 24. April 2010 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.[257] Im Anschluss an den bis 2016 laufenden Verkehrsvertrag sollen, bis zur Inbetriebnahme von Stuttgart 21, Teilstrecken weiterhin ohne Ausschreibung an die Deutsche Bahn AG vergeben werden.

Die Monopolkommission sieht die Möglichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Vergabeentscheidungen weiterhin mit Besorgnis und weist erneut darauf hin, dass diese Problematik nur durch eine Trennung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften wirksam gelöst werden kann.[258]

263. Auf der Ebene der handelnden Personen können Anreize zu Direktvergaben dann bestehen, wenn die im Auftrag der Länder handelnden Akteure aufgrund von personellen Verflechtungen an einer positiven Entwicklung der Deutschen Bahn AG interessiert sind.

264. Als die damals unmittelbar nach der Liberalisierung geschlossenen Verkehrsverträge zwischen den Bundesländern und der Deutschen Bahn AG ausliefen, entschieden sich einige Bundesländer aus den oben dargestellten Gründen dafür, die neuen Verträge wieder freihändig an die Deutsche Bahn AG zu vergeben. Die Laufzeit dieser Verträge betrug meist zehn bis zwölf Jahre. Dabei waren diese Verträge oft so angelegt, dass ein wesentlicher Teil der Leistungen bereits vor Ende der Laufzeit auslief und anschließend im Wettbewerb vergeben werden sollte. So sollten die Direktverträge abgeschmolzen und den Wettbewerbern, die große Ausschreibungsvolumen nur schwerlich bewältigen konnten, sollte schrittweise der Marktzugang ermöglicht werden.[259] Die relativ geringen Abschmelzraten der großen Verträge in Verbindung mit den langen Laufzeiten führten dazu, dass bisher nur ein Teil der bestehenden Verträge im Wettbewerb vergeben worden ist.

265. Mittlerweile haben viele Aufgabenträger die Erfahrung gemacht, dass Ausschreibungen häufig zu deutlichen Kostenersparnissen, verbesserten Serviceleistungen und damit verbundener steigender Attraktivität des Schienenpersonennahverkehrs und besserer Auslastung der Züge führen und dies den zusätzlichen Aufwand rechtfertigt. Diese Effizienzsteigerungen sind auch vor dem Hintergrund der jährlich nur wenig steigenden Regionalisierungsmittel bei deutlich größeren Steigerungen der Kosten für Vorleistungen wie Infrastrukturentgelte für Aufgabenträger notwendig. Aus diesen Gründen hat der Anteil der Ausschreibungen in den vergangenen Jahren kontinuierlich zugenommen. Bezogen auf die gefahrene Betriebsleistung 2011 wurde mittlerweile 37 Prozent davon im Wettbewerb vergeben. Die Quote der bis Mai 2011 abgeschlossenen Erstvergaben liegt bereits bei annähernd 50 Prozent der gesamten Betriebsleistung in Zugkilometern.[260]

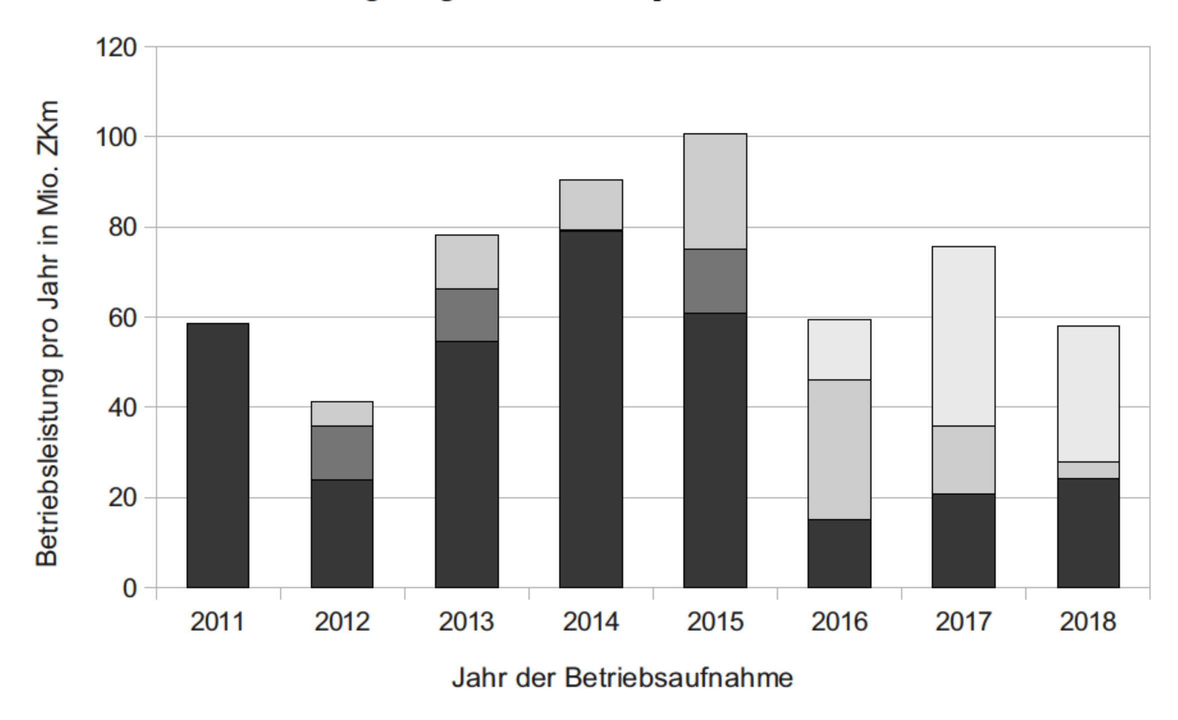
266. Für die zukünftige Marktentwicklung im Schienenpersonennahverkehr ist die große Vergabewelle, die zurzeit auf Aufgabenträger und Eisenbahnverkehrsunternehmen zukommt, von erheblicher Bedeutung. Planmäßig wird innerhalb der nächsten fünf Jahre deutlich mehr als die Hälfte der erbrachten Betriebsleistungen im Schienenpersonennahverkehr neu vergeben. Dabei werden in den Jahren 2011 bis 2015 mehr als 350 Millionen Zugkilometer und bis 2018 voraussichtlich über 550 Millionen Zugkilometer neu bestellt. Der Vergleich mit dem jährlichen Bestellvolumen von derzeit 630 Millionen Zugkilometern macht deutlich, dass diese Vergaben eine enorme Bedeutung für die Entwicklung des Marktes haben werden. Nach den bestehenden Wettbewerbsfahrplänen wird der Anteil der ausgeschriebenen Verkehre in Zukunft höher sein als in der Vergangenheit (vgl. Abbildung 3.2).

267. Derzeit ist jedoch nicht exakt vorherzusehen, wie viele der zukünftigen Verkehrsleistungen tatsächlich ausgeschrieben werden. Zwar deuten die Zahlen der Bundesarbeitsgemeinschaft Schienenpersonennahverkehr (BAG-SPNV) darauf hin, dass in Zukunft nur wenige freihändige Vergaben erfolgen, allerdings wurden im EU-Amtsblatt davon abweichend für die nächsten Jahre einige Direktvergaben mehr angekündigt. Auch zeigt die

[255] Vgl. auch Booz Allen Hamilton, Privatisierungsvarianten der Deutschen Bahn AG „mit und ohne Netz“ (PRIMON), Berlin 2006, S. 158 f.
[256] Vgl. Kaiser, S./Wassermann, A., Stuttgarter Gschäftle, Der Spiegel, H. 33, 16. August 2010, S. 38; Bündnis 90/Die Grünen, Pressemitteilung vom 6. Juli 2010, Wölfle: Mehrkosten sind „Zusatzprämie“ an die DB für Stuttgart 21.
[257] http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:119699-2010:TEXT:DE:HTML&tabId=1
[258] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 2.4.2.
[259] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 217 ff.
[260] Vgl. Wettbewerber-Report Eisenbahn 2010/2011, S. 34, Abb. 10.

Abbildung 3.2

Künftige Vergaben im Schienenpersonennahverkehr



Quelle: BAG-SPNV, Wettbewerbsfahrplan der Aufgabenträger des SPNV, 8. Februar 2011; eigene Darstellung

Erfahrung der vergangenen Jahre, dass teilweise große Diskrepanzen zwischen den angekündigten Vergabeverfahren und den tatsächlich durchgeführten Vergabearten in der Hinsicht bestanden, dass deutlich mehr Leistungen freihändig vergeben wurden als angekündigt. Seit 2004 wurde etwa bei einem Drittel der geplanten in den Wettbewerb zu gebenden Leistungen die wettbewerbliche Vergabe verschoben und so der Betrieb durch die Deutsche Bahn AG verlängert.[261] Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die genannten Ankündigungen insbesondere im EU-Amtsblatt vor der Verkündung des BGH-Beschlusses erfolgten, einige davon in Erwartung desselben, andere noch vor der vorinstanzlichen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Inwieweit die bestehenden Pläne vor dem Hintergrund des Beschlusses des Bundesgerichtshofs geändert werden, bleibt abzuwarten. Dabei wird vor allem wichtig sein, ob die von Nordrhein-Westfalen angestoßene Gesetzesänderung weiterverfolgt werden wird. Nach den bisherigen Wettbewerbsfahrplänen ist jedoch damit zu rechnen, dass der Anteil der ausgeschriebenen Verkehre zumindest zunehmen wird.

[261] Vgl. Wettbewerber-Report Eisenbahnen 2010/2011, S. 58, Abb. 24.

3.3 Hindernisse eines effizienten Wettbewerbs in Ausschreibungen

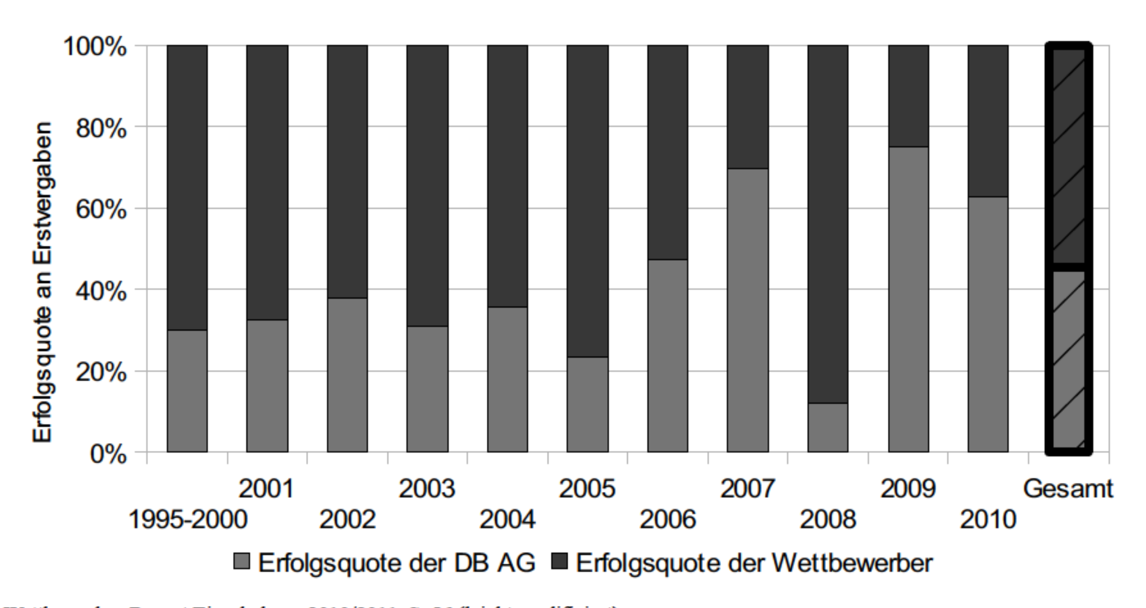
268. Auch wenn der Großteil der zu vergebenen Verkehrsleistungen der kommenden Vergabewelle ausgeschrieben werden wird, bedeutet dies nicht, dass die Wettbewerbsintensität tatsächlich zunehmen wird. Es kann auch nicht fest davon ausgegangen werden, dass der Marktanteil von Wettbewerbern der DB Regio AG weiter ansteigen wird. In den vergangenen Ausschreibungen agierte die Deutsche Bahn AG in jüngster Vergangenheit zunehmend erfolgreicher (vgl. Abbildung 3.3). Während die DB Regio AG in den ersten zehn Jahren der Regionalisierung im Durchschnitt nur etwa 30 Prozent der ausgeschriebenen Vergaben für sich entscheiden konnte, steigerte sie ihre Erfolgsquote in den letzten fünf Jahren auf durchschnittlich fast 60 Prozent. Insgesamt war die Deutsche Bahn AG seit Inkrafttreten des Regionalisierungsgesetzes in etwa 45 Prozent der Ausschreibungen erfolgreich.

269. Begründet ist diese Entwicklung insbesondere durch einen abnehmenden Wettbewerb in Vergabeverfahren. Dies lässt sich vorwiegend darauf zurückführen, dass Wettbewerber aus verschiedenen Gründen zunehmend weniger Möglichkeiten haben, konkurrenzfähige Angebote abzugeben. Diese Gründe sind vielfältig und werden in diesem Abschnitt näher beleuchtet. Die abnehmende Konkurrenzfähigkeit in Vergaben zeigt sich auch daran,

dass die Anzahl der Bieter, die gegen die DB Regio AG in Ausschreibungen konkurrieren, in den letzten Jahren sehr stark abgenommen hat (vgl. Abbildung 3.4). Die Erklärung für den zunehmenden Erfolg der DB Regio AG in Ausschreibungen geht dabei über die pure Steigerung der theoretischen Gewinnwahrscheinlichkeit durch weniger Mitbewerber hinaus. Das bedeutet, dass nicht nur weniger Eisenbahnverkehrsunternehmen an Ausschreibungen teilnehmen, sondern auch, dass die Unternehmen, die mit der DB Regio AG konkurrieren, zunehmend unterlegen sind.

Abbildung 3.3

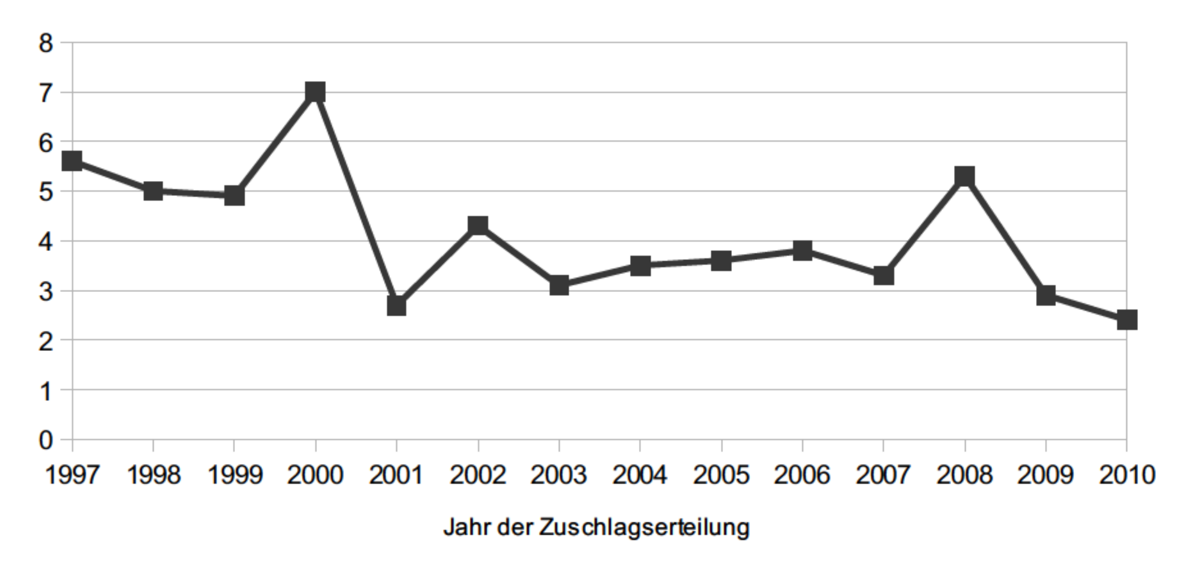




Quelle: Wettbewerber-Report Eisenbahnen 2010/2011, S. 56 (leicht modifiziert)

Abbildung 3.4

Entwicklung der Bieteranzahl pro Verfahren



Quelle: Wettbewerber-Report Eisenbahnen 2010/2011, S. 57 (leicht modifiziert)

270. Die Anzahl der Bieter hat einen entscheidenden Einfluss auf die Effizienz des Vergabeverfahrens. Dies zeigt beispielhaft die Ausschreibung eines Regionalnetzes durch den Zweckverband Nahverkehr Rheinland (NVR) im Jahr 2009. Neben der DB Regio AG hatte zwar auch das Verkehrsunternehmen trans regio an der Ausschreibung teilgenommen, jedoch keine tragfähige Finanzierung erhalten und daher ein chancenloses Angebot ohne Preisnennung abgegeben. Die DB Regio AG bot unter diesen Bedingungen an, das ausgeschriebene Dieselnetz für 125 Mio. Euro zu betreiben. Der NVR hob die Ausschreibung schließlich wegen Unwirtschaftlichkeit auf und schrieb das Netz 2010 unter veränderten Bedingungen neu aus. Die neuen Bedingungen ermöglichten es trans regio, ein kompetitives Angebot abzugeben. Die DB Regio AG reagierte auf diese Konkurrenz und bot den Netzbetrieb daraufhin für 80 Mio. Euro und damit über 35 Prozent günstiger an.

271. Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass grundsätzlich ein Risiko von Absprachen bei der Vergabe von SPNV-Aufträgen besteht. Solche Absprachen dürften aufgrund des hohen Aufwands, den die Teilnahme an einer Ausschreibung erfordert, am ehesten dahingehend ausgestaltet sein, dass sich ein Unternehmen abredegemäß erst gar nicht an einer Ausschreibung beteiligt und dafür eine Gegenleistung erhält, z. B. einen Subunternehmervertrag. In diese Richtung weist letztlich auch das Verhalten der Deutschen Bahn AG im Vergaberechtsstreit vor dem Bundesgerichtshof. Konkrete Anhaltspunkte für Absprachen im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs sind der Monopolkommission allerdings nicht bekannt und liegen auch dem Bundeskartellamt nicht vor.

272. Die Entwicklung des abnehmenden Wettbewerbs in Vergabeverfahren wird durch das schwierige Marktumfeld als nachhaltige Folge der Wirtschafts- und Finanzkrise weiter verstärkt. Vor dem Hintergrund der anstehenden Vergabewelle ist es erforderlich, genügend Wettbewerber für jede einzelne Vergabe zu interessieren, um für ausreichend Wettbewerb in den kommenden Ausschreibungen zu sorgen. Aufgabenträger können dabei durch die Ausgestaltung der Ausschreibung dafür sorgen, dass das Vergabeverfahren für Eisenbahnverkehrsunternehmen attraktiv ist (Abschnitt 3.3.1) und gleichzeitig die Problematik der Fahrzeugfinanzierung adressieren (Abschnitt 3.3.2). Durch die gesetzliche Vorgabe des Verfahrens, nach dem die Anbieter im Schienenpersonennahverkehr ihre Leistungen zu einem bundesweit gültigen Tarif anbieten, kann das bestehende Konfliktpotenzial der aktuellen Tarif- und Vertriebskooperationen aufgelöst werden (Abschnitt 3.4).

3.3.1 Ausgestaltung von Vergabeverfahren

273. Wie bereits in Abschnitt 3.1 dargestellt, lassen sich durch Ausschreibungsverfahren in den meisten Fällen bessere Ergebnisse erzielen als durch freihändige Vergaben. Allerdings hängen die Ergebnisse einer Ausschreibung stark von der Verfahrensausgestaltung ab. Die Anforderungen und Rahmenbedingungen für diese Verfahren sind vielfältig. Aufgabenträger engagieren sich zunehmend dafür, Eisenbahnverkehrsunternehmen die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren zu erleichtern. Tabelle 3.1 liefert einen beispielhaften Überblick der Erfahrungen von Aufgabenträgern mit Ausschreibungen und den darauf basierenden Planungen für die kommenden Vergaben.

274. Empirische Analysen haben die determinierenden Faktoren für den Erfolg von Ausschreibungen untersucht.[262] Dabei stellt sich heraus, dass insbesondere die Übernahme von Risiken durch die Aufgabenträger einen positiven Einfluss auf die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren hat. Diese Risiken betreffen einerseits die Preisänderungen der Vorleistungen des Infrastrukturzugangs und andererseits die Einnahmen aus dem Fahrkartenverkauf. Neben der tatsächlichen Übernahme der Risiken können Aufgabenträger durch das Zurverfügungstellen von aussagekräftigen Daten zur Nachfragesituation die Kalkulation der Verkehrsgesellschaften erleichtern. So kann eine unnötig hohe Risikoprämie vermieden werden. Zusätzlich spielt der Umfang des ausgeschriebenen Netzes eine zentrale Rolle für das Bietverhalten der Wettbewerber.

275. Aufgrund bestehender struktureller Finanzierungsschwierigkeiten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ist eine risikomindernde Ausgestaltung von Ausschreibungen, ohne dabei in den Markt einzugreifen, eine zentrale Herausforderung. Hierbei spielen neben der Absicherung der Fahrzeugfinanzierung[263] die Preisänderungs- und Erlösrisiken eine wichtige Rolle.

Um das Einnahmerisiko zu mindern, veröffentlichen Aufgabenträger in der Regel Informationen über das geschätzte Passagieraufkommen. Je detaillierter und belastbarer diese Informationen sind, desto geringer fällt der Risikoaufschlag aus, den Verkehrsunternehmen in ihren Angeboten einkalkulieren müssen. Problematisch ist, dass Fahrgastzahlen und Ticketerlöse in der Regel weder den Aufgabenträgern noch den privaten Verkehrsunternehmen bekannt sind, sondern nur der DB Vertrieb GmbH, die diese Informationen nach Darstellung von Marktteilnehmern zwar der DB Regio AG zur Verfügung stellt, nicht aber den Aufgabenträgern und privaten Verkehrsunternehmen.[264] Private Eisenbahnverkehrsunternehmen sind deshalb hinsichtlich der Schätzungen der Fahrgelderlöse gegenüber der DB Regio AG benachteiligt.

Aufgabenträger haben die Möglichkeit, die bestehenden Erlösrisiken zu übernehmen, indem sie sog. Bruttoverträge anbieten. Bei solchen Verträgen erhält der Aufgabenträger die Einnahmen aus den Ticketerlösen und das Eisenbahnverkehrsunternehmen eine entsprechend hö-

262 Lalive, R./Schmutzer, A., Entry in Liberalized Railway Markets: The German Experience, Review of Network Economics, 7(1), 2008, S. 37–52; Beck, A., Barriers to Entry in Rail Passenger Services: Empirical Evidence for Tendering Procedures in Germany, European Journal of Transport and Infrastructure Research 11(1), 2011, S. 20–41.

263 Vgl. Abschnitt 3.3.2.

264 Vgl. Abschnitt 3.4.

here vertragliche Zahlung für die Leistungserstellung. Bruttoverträge haben außerdem den Vorteil, dass Aufgabenträger genaue Informationen zu Fahrgastzahlen und Ticketerlösen erhalten, die in Folgeausschreibungen allen Verkehrsgesellschaften gleichermaßen zur Verfügung gestellt werden können. Eine solche Vereinbarung wirkt allerdings negativ auf die Anreize des Verkehrsunternehmens, die Nachfrage zu steigern, und so auf den Wettbewerb im Schienenpersonennahverkehr, der von der Nachfrage entkoppelt wird. Der damit bestehende Tradeoff zwischen einem qualitativ möglichst hochwertigen Verkehrsangebot und der Übernahme der Erlösrisiken der Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Steigerung der Wettbewerbsintensität in Ausschreibungen kann durch eine Kombination von Bruttoverträgen mit einem Bonus-/Malussystem in gewissen Grenzen aufgelöst werden.

Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass mittelfristig der Wettbewerb möglichst wenig beschränkt und dementsprechend von Bruttoverträgen mit einem Bonus-/Malussystem nur übergangsweise Gebrauch gemacht werden sollte. Das Ziel sollte die Schaffung gleicher Rahmenbedingungen für die Schätzungen der Nachfrage für alle Eisenbahnunternehmen gemäß den Empfehlungen des Abschnitts 3.4 sein.

276. Damit möglichst vielen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb ermöglicht werden kann, ist die Aufteilung von Verkehrsleistungen in einzelne Lose von Bedeutung. Kleinere Lose sind für mittelständische Wettbewerber einfacher zu bedienen. Daher sollten neben den großen Ausschreibungen, die Transaktionskosten verringern und für große etablierte Verkehrsunternehmen attraktiv sind, auch kleinere Lose im Wettbewerb vergeben werden. Diese Vergaben sind vor allem für kleinere Unternehmen attraktiv und können damit zu einer Belebung des Marktes führen. Im Falle einer Losaufteilung müssen Fahrzeugumläufe und Betriebsabläufe aufeinander abgestimmt werden. So entstehen durch die Losaufteilung hohe Ausschreibungs- und Abstimmungskosten. Jedoch rechtfertigt nach Auffassung der Monopolkommission der zu erwartende Wettbewerbsgewinn in vielen Fällen diese zusätzlichen Kosten.

Tabelle 3.1

Erfahrungen und Pläne der Aufgabenträger bezüglich Vergaben im Schienenpersonennahverkehr

Aufgabenträger	Erfahrungen mit Ausschreibungen und Pläne für zukünftige Vergaben
NVBW (Baden-Württemberg)	– Das Land Baden-Württemberg hat nach eigenen Angaben bereits frühzeitig Verkehrsleistungen im Wettbewerb vergeben (Preisanfrageverfahren 1997/1998). Für den Kunden sind die Ergebnisse eines Wettbewerbs meist zuerst in Form neuer, moderner Fahrzeuge zu sehen. Für den Besteller der Verkehre werden diese billiger. Dadurch stehen mehr Mittel, beispielsweise für Ausweitungen des Angebots oder Qualitätsverbesserungen, zur Verfügung.
BEG (Bayern)	– Seit der Bahnstrukturreform konnte das SPNV-Angebot in Bayern deutlich optimiert und ausgeweitet werden, da durch eine wettbewerbliche Vergabe von Verkehrsleistungen Leistungen bei gleichbleibender oder sogar besserer Qualität günstiger eingekauft werden können. Trotz knapper Haushaltsmittel können somit Verkehrsleistungen ausgeweitet und von den Verkehrsunternehmen höhere Qualitätsstandards gefordert werden. – Ein Ausschreibungsfahrplan wurde zunächst bis 2022 festgelegt.
RMV (Hessen)	– Im Vergleich mit den Konditionen der Altbetreiber waren insbesondere vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise und der damit verbundenen erschwerten Finanzierungsmöglichkeiten in der Fahrzeugbeschaffung in den im Jahr 2009 durchgeführten Vergabeverfahren keine Kostenreduzierungen zu erzielen. – Der hessische Weg in den Wettbewerb sieht die sukzessive Vergabe aller Linien im SPNV vor. Zielsetzung des Wettbewerbs ist es, die Qualität der erbrachten Verkehrsdienstleistungen zu erhöhen – bei gleichbleibenden oder sogar niedrigeren Einkaufspreisen. Der hessische Verkehrsmarkt im ÖPNV befindet sich zur Zeit in der wettbewerblichen Übergangsphase. Die erstmalige Vergabe von Teilnetzen im SPNV wird bis Ende 2014 nach wettbewerblichen Grundsätzen abgeschlossen sein.
VMV (Mecklenburg-Vorpommern)	– Der VMV plant einen schrittweisen Übergang in den Vergabewettbewerb. Hierzu wird die Bildung von mehreren Teilnetzen angestrebt. Anforderungen an diese Teilnetze sind neben betrieblich-technischen Aspekten die Ausrichtung an wirtschaftlich zu betreibenden Netzgrößen. Hier wird ein Leistungsumfang zwischen 1,5 und 5 Millionen Zugkilometern bei einer Laufzeit von zwölf Jahren als sinnvoll erachtet. – Um eine Teilnahme an mehreren Ausschreibungswettbewerben zu erleichtern, wird eine Entzerrung der Vergabezeitpunkte angestrebt.

Aufgabenträger	Erfahrungen mit Ausschreibungen und Pläne für zukünftige Vergaben
LNVG (Niedersachsen)	– In den Wettbewerbsnetzen konnten wegen günstiger Preise überdurchschnittlich viele Mehrleistungen bestellt werden. Wettbewerb trägt somit zur Sicherung eines bedarfsgerechten SPNV-Angebots bei. Aufgrund der verbesserten Angebotsqualität konnten erhebliche Nachfragesteigerungen festgestellt werden. Trotz Zuschusseinsparungen in den Teilnetzen gegenüber der Vorwettbewerbszeit konnte das Fahrplanangebot ausgeweitet werden. – Die Marktanteile der NE-Bahnen im Zuständigkeitsbereich der LNVG liegen bei ca. 53 Prozent der Betriebsleistungen. Die DB Regio erreicht nur noch einen Anteil von 47 Prozent (Stand 2009/2010). – Bis Ende 2014 sollen alle SPNV-Teilnetze, die mehrheitlich in Niedersachsen liegen bzw. bei denen die LNVG die Federführung hat, mindestens einmal ausgeschrieben worden sein.
ZGB (Niedersachsen)	– Im Großraum Braunschweig sollen bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2014 alle Strecken neu vergeben worden sein. – Um möglichst hohe Kosteneinsparungen zu erreichen, werden die Strecken unterschiedlichen Ausschreibungsnetzen zugeordnet, hierbei werden verkehrliche Zusammenhänge und die für das jeweilige Netz erforderlichen Fahrzeuge (Diesel, Elektro, Geschwindigkeit) berücksichtigt, um Umläufe optimieren zu können. – Eine Finanzierung der Fahrzeuge über eine Beteiligung am Fahrzeugpool der LNVG wird derzeit geprüft und mit möglichen Alternativen verglichen.
NVR (Nordrhein-Westfalen)	– Ziel von Ausschreibungen ist die Qualitätsverbesserung des Angebots bei gleichzeitiger Senkung der Kosten und damit die Einsparung öffentlicher Güter. – Die Herausforderungen für den Besteller liegen in der Bereitstellung von optimierten Ausschreibungskonzepten, der Beschleunigung von Verfahren, der Effizienz im Vertragsmanagement und der Optimierung von Betriebsübergängen nach Wettbewerbsverfahren. – Grundsätzlich streben die Beteiligten im NVR den Abschluss von Nettoverträgen an, bei denen das Erlösrisiko, aber auch die Erlöschance und somit ein wesentlicher Anreiz zur Qualitätsverbesserung bei den Verkehrsunternehmen liegt.
VRR (Nordrhein-Westfalen)	– Durch Ausschreibungen soll eine möglichst hohe Qualität zu möglichst geringen Kosten erreicht werden. Im Idealfall sorgt der Wettbewerb im SPNV für ein verbessertes Preis-/Leistungs-Verhältnis einerseits und für ein langfristig finanzierbares und attraktives Leistungsangebot andererseits. – Aktuell sind 30 Prozent des gesamten Leistungsvolumens im VRR-Gebiet durch Ausschreibungen vergeben. Die Nordwestbahn bewirtschaftet davon einen größeren Anteil als die DB Regio. – Bis spätestens 2018 sollen alle RE- und RB-Linien, die derzeit von der DB Regio (Großvertrag) bedient werden, in den Wettbewerb überführt werden. – Als Reaktion auf die Finanzkrise soll ein Finanzierungsmodell für Neufahrzeuge eingeführt werden.
NASA (Sachsen-Anhalt)	– Im ÖPNV-Plan des Landes Sachsen-Anhalt werden Eckpunkte als Maßgabe bei der Vergabe von Verkehrsverträgen vorgegeben. Demnach soll die Ausgestaltung von zu versteigernden Verkehrsleistungen so funktional wie möglich und so konstruktiv wie nötig vorgenommen werden. Die Einnahmen verbleiben beim Aufgabenträger (Bruttovertrag), wobei die Verkehrsunternehmen durch Anreizkomponenten an der Einnahmenentwicklung partizipieren können. – Das Land Sachsen-Anhalt nimmt keine Fahrzeugförderung vor, die Fahrzeugbeschaffung und -vorhaltung obliegt nach den bestehenden Verkehrsverträgen dem jeweils vertraglich gebundenen Eisenbahnverkehrsunternehmen. Bei der Neuvergabe von SPNV-Leistungen wird grundsätzlich der Einsatz neuer oder neuwertiger Fahrzeuge vorgegeben.
LVS (Schleswig-Holstein)	– Die LVS hat seit 1997 ca. ein Dutzend Vergabeverfahren im SPNV durchgeführt. Damit sind derzeit ca. 70 Prozent der SPNV-Leistungen in Schleswig-Holstein im Wettbewerb vergeben. Hierdurch konnte die Qualität des SPNV gesteigert und der Zuschussbedarf um mehr als ein Viertel gesenkt werden. – Das gültige Wettbewerbskonzept des Landes sieht die Aufteilung des schleswig-holsteinischen SPNV-Netzes in fünf Teilnetze vor, die jeweils zeitversetzt alle zehn Jahre neu vergeben werden.

Quellen: Internetauftritte der Zweckverbände; eigene Zusammenstellung

277. Die Monopolkommission begrüßt, dass sich die meisten Aufgabenträger darum bemühen Ausschreibungen so zu gestalten, dass es zu möglichst viel Wettbewerb kommt. Die Entscheidungen über die dargelegten Möglichkeiten sind dabei nicht pauschal zu treffen, sondern erfordern eine individuelle Betrachtung der Marktgegebenheiten. Die Monopolkommission hält es jedoch für erforderlich, dass Ausschreibungen so weit wie möglich standardisiert werden. Es ist wichtig, die bürokratischen Hürden für Eisenbahnverkehrsunternehmen so gering wie möglich zu halten. Dies erfordert eine rechtzeitige Planung und Vorbereitung der Verfahren. Durch einfache und schlanke Verfahren mit einheitlichen, standardisierten Anforderungen und Strukturierungen wird den Verkehrsgesellschaften die Teilnahme am Wettbewerb erleichtert, da unnötige Transaktionskosten vermieden werden.

3.3.2 Strukturelle Probleme der Fahrzeugfinanzierung

278. Für Eisenbahnverkehrsunternehmen stellen Probleme der Fahrzeugbeschaffung derzeit ein zentrales Hindernis für die Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb dar. Finanzierungskosten für Rollmaterial machen nach Angaben von Marktteilnehmern zwischen 30 und 45 Prozent der beeinflussbaren Betriebskosten aus. Die Finanzierung von Fahrzeugen erfolgt im Schienenpersonennahverkehr im Wesentlichen durch Kauf oder Leasing. Dabei kauft vor allem die DB Regio AG eigene Fahrzeuge, während die privaten Wettbewerber typischerweise Rollmaterial leasen. Die konventionelle private Fahrzeugfinanzierung über Kapitalmarktdarlehen und Fahrzeugleasing gestaltet sich für ein privates Unternehmen schwieriger als für die DB Regio AG in Staatshand, da ein Privatunternehmen zum einen keine Größenvorteile wie die Deutsche Bahn AG geltend machen kann[265] und zum Zweiten mit deutlich höheren Risikoprämien kalkulieren muss. Durch die Finanz- und Wirtschaftskrise hat sich diese Problematik zeitweise drastisch verschärft. So haben sich die Finanzierungskosten nach Wettbewerberangaben um bis zu 30 Prozent erhöht. Dies zeigt sich auch im Rückgang der Bieterzahlen in Ausschreibungen. Das grundlegende Problem der Fahrzeugfinanzierung ist jedoch nicht allein krisenbedingt, sondern struktureller und langfristiger Art.

279. Die wichtigsten strukturellen Probleme im Zusammenhang mit der Fahrzeugfinanzierung bestehen in dem mangelnden Angebot an tragfähigen und konkurrenzfähigen Finanzierungsmöglichkeiten am Finanzmarkt, der Unsicherheit bezüglich des Wiedereinsatzes von Fahrzeugen nach Ende des Verkehrsvertrags, dem fehlenden Gebrauchtwagenmarkt und den im Vergleich zu den Vorleistungskosten sinkenden Budgets der öffentlichen Aufgabenträger. Diese Problematiken sind eng miteinander verknüpft und bedingen sich teilweise gegenseitig. Da der Kapitalbedarf im Schienenpersonennahverkehr in den nächsten Jahren deutlich zunehmen wird, könnten sich diese Probleme weiter verschärfen. Finanziers können nicht im gleichen Ausmaß wie noch vor einigen Jahren Investitionsrisiken der Wettbewerber übernehmen. Für die bundeseigene DB Regio AG ist die Fahrzeugfinanzierung prinzipiell weniger problematisch.

280. Marktseitige Finanzierungen durch Kreditgeber oder Leasinggesellschaften sind die dominierenden Formen der konventionellen Fahrzeugfinanzierung. Bezüglich des Leasings sind zwei grundlegende Modelle vorherrschend. Beim Finanzleasing kauft die Leasinggesellschaft das vom Leasingnehmer gewünschte Fahrzeug und vermietet dieses langfristig an das Verkehrsunternehmen. Dabei trägt der Leasingnehmer, bei dem auch das gemietete Rollmaterial bilanziert ist, das Investitionsrisiko, der Leasinggeber das Kreditrisiko. In der Regel werden die Kosten des Rollmaterials über den Leasingzeitraum vollständig abbezahlt, sodass das Restwertrisiko beim Verkehrsunternehmen liegt. Beim Operate Leasing übernimmt der Leasinggeber dagegen das Investitions- und Wiedereinsatzrisiko. Das Rollmaterial wird nach derzeitiger Rechtslage beim Leasinggeber bilanziert. Der Bewertung des offenen Restwertes der Fahrzeuge kommt dabei eine große Bedeutung zu. Für das Eisenbahnunternehmen bietet diese Form der Finanzierung den Vorteil, dass die Fahrzeuge nach Ablauf der Leasingperiode ohne weitere finanzielle Verpflichtung wieder zurückgegeben werden können; allerdings wird dies in den Kosten einkalkuliert, sodass diese Art der Finanzierung teurer ist als ein Finanzleasing oder eine Kreditfinanzierung. Dieser Aufschlag wird umso höher, je kürzer die Laufzeit des Verkehrsvertrags ist.

Bei der Kreditfinanzierung nimmt das Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Kredit zur Finanzierung von Fahrzeugen auf. Dabei bestimmt der Kreditgeber die Kreditkonditionen auf Grundlage der Bonität des Unternehmens. Eigenmittel werden allenfalls in geringem Maße eingebracht, durch Bürgschaften aber gebunden. Die europäischen Regierungen haben zugunsten der Staatsbahnen bereits vor über 50 Jahren die Europäische Gesellschaft für die Finanzierung von Eisenbahnrollmaterial (Eurofima) gegründet. Im deutschen Schienenpersonennahverkehr ist bisher nicht bekannt, dass andere Verkehrsunternehmen als die DB Regio AG Leistungen der Eurofima in Anspruch genommen haben. Darüber hinaus existiert mit der Europäischen Investitionsbank (EIB) ein Co-Finanzierer von Schienenfahrzeugen für staatliche und private Verkehrs- und Leasinggesellschaften.

281. In den Ausschreibungsbedingungen der meisten Verkehrsverträge ist vorgesehen, dass die Fahrzeugbeschaffung durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgt. Dabei werden häufig Neufahrzeuge gefordert, zum Teil ist auch der Einsatz von Gebrauchtfahrzeugen möglich. Da Gebrauchtfahrzeuge insbesondere der DB Regio AG zur Verfügung stehen, haben Wettbewerber der Deutschen Bahn AG bei solchen Ausschreibungen dann einen Kostennachteil, wenn der Umbau gebrauchten Rollmate-

[265] Im Schienenpersonennahverkehr sind Preisnachlässe von bis zu 25 Prozent in Abhängigkeit von der Abnahmemenge möglich; vgl. Laeger, J., Wettbewerb und Regionalisierung im SPNV, Krefeld 2004, S. 147 ff.

rials zugelassen ist, Wettbewerber aber keine geeigneten gebrauchten Fahrzeuge beschaffen können. Andererseits ist die Forderung von Neufahrzeugen für Wettbewerber sehr problematisch, da dies eine vorab langfristig gesicherte Finanzierung erfordert.

282. Als eine wesentliche Ursache für den wachsenden Erfolg der Deutschen Bahn AG bei Ausschreibungen wird angesehen, dass es für die Wettbewerber derzeit nur schwer möglich ist, für umfangreichere Investitionen in Fahrzeuge eine tragfähige Finanzierung zu erhalten. Hierzu trägt maßgeblich bei, dass die am Markt tätigen Leasingunternehmen nach Informationen der Monopolkommission kaum oder gar keine Leasingangebote für Neufahrzeuge des Schienenpersonennahverkehrs abgeben.[266] Nach derzeitigem Stand wird der bestehende Markt der Fahrzeugfinanzierung für die ausstehende Vergabewelle nicht im ausreichenden Umfang Finanzierungsleistungen bereitstellen können.[267]

Auch existiert kein funktionierender Gebrauchtfahrzeugmarkt. Die Deutsche Bahn AG als Besitzer des weitaus größten Fuhrparks betreibt zwar einen internen Gebrauchtfahrzeugmarkt, hat aber anscheinend wenig Interesse daran, geeignete Fahrzeuge in ausreichendem Umfang an Konkurrenzunternehmen zu veräußern.

Nicht nur bei der Beschaffung und Finanzierung, sondern auch bei der Zulassung von Fahrzeugen durch das Eisenbahn-Bundesamt bestehen für Eisenbahnverkehrsunternehmen erhebliche Probleme. Dies betrifft neue, aber insbesondere gebrauchte Fahrzeuge, für die eine erneute Zulassung erforderlich und mit hohen Kosten verbunden ist. Dieser Sachverhalt im Zusammenhang mit Verfahrensabläufen des Eisenbahn-Bundesamtes wird in Abschnitt 5.2 thematisiert.

283. Eine zentrale Problematik der Fahrzeugfinanzierung liegt darin begründet, dass die Laufzeiten von Verkehrsverträgen deutlich kürzer sind als die Nutzungsdauern der Fahrzeuge. Die Fahrzeug-Amortisationsdauer liegt typischerweise bei 25 Jahren, während die fest einzuplanende Nutzung im Rahmen eines Verkehrsvertrags zwischen sieben und 15 Jahre beträgt. Daraus entsteht ein bedeutendes Restwertrisiko am Ende der Vertragslaufzeit. Dies ist vor allem ein Problem der Weiterverwendung. Schwierigkeiten der Weiterverwendung ergeben sich aus den in Vergaben geforderten spezifischen Eigenschaften an die Fahrzeuge und der dadurch verminderten universellen Einsetzbarkeit. Die Spezifika der Anforderungen sind teilweise aufgrund von technischen Gegebenheiten wie Bahnsteighöhen, Streckentopografie oder Kurvenradialen erforderlich. In anderen Fällen bestehen jedoch keine technischen Gründe, welche die speziellen Ansprüche der Aufgabenträger unbedingt erfordern. Darüber hinaus haben Finanziers vergleichsweise wenig Erfahrung mit dem Wertverlauf von Rollmaterial des Schienenpersonennahverkehrs. Dies führt zu erhöhten Risikoaufschlägen.

284. Vor diesem Hintergrund werden durch Aufgabenträger in Ausschreibungen teilweise Wiedereinsatzgarantien für Fahrzeuge gegeben. Damit sichert der Aufgabenträger dem Eisenbahnverkehrsunternehmen und seinen Finanziers die Weiterverwendung der Fahrzeuge über die Vertragsdauer zu. Dies geschieht auch für den Fall, dass der Altbetreiber keinen Zuschlag für den folgenden Vertrag erhält. Die Fahrzeuge gehen nach Vertragsende zum Restwert an den Aufgabenträger über, der diese dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, das den Folgevertrag erhalten hat, zur Verfügung stellt, einer anderen Leasinggesellschaft übergibt oder die Fahrzeuge an das Folgeverkehrsunternehmen verkauft. Das Folgeunternehmen kann in den bestehenden Leasingvertrag oder das Finanzierungsverhältnis einsteigen. Durch diese Garantien werden die Finanzierungskonditionen der Eisenbahnverkehrsunternehmen deutlich verbessert, da der langfristig garantierte Einsatz die Amortisation der Investitionskosten absichert.

Statt einer Wiedereinsatzgarantie können Aufgabenträger auch lediglich Wiederzulassungsversprechen gewähren, bei denen sich der Aufgabenträger verpflichtet, die Folgeausschreibung so zu gestalten, dass eine Teilnahme an der Ausschreibung mit den im ersten Vertrag eingesetzten Fahrzeugen möglich ist.

Um den Eisenbahnverkehrsunternehmen die Fahrzeugfinanzierung zu erleichtern, ist es hilfreich, die Laufzeit von Verkehrsverträgen zu verlängern. Dies erhöht jedoch die Kosten- und Erlösrisiken, da die Vorhersage der Entwicklung der Nachfrage und der Preise für Vorleistungen unsicherer wird, je weiter in die Zukunft geplant werden muss. Außerdem wird durch die selteneren Vergaben von Verkehrsleistungen der Wettbewerb um den Markt im Schienenpersonennahverkehr eingeschränkt.

285. Aufgabenträger haben außerdem Lösungen entwickelt, dem strukturellen Finanzierungsproblem dadurch entgegenzuwirken, dass für die Schienenfahrzeuge eine öffentliche Finanzierung ermöglicht wird. Dazu sind verschiedene Modelle von Fahrzeugpools möglich. Aufgabenträger wie die Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen (LNVG) haben die Fahrzeuge selbst beschafft und betreiben einen klassischen Fahrzeugpool. Dazu wird in der SPNV-Vergabe lediglich das Management der Verkehrsleistung ausgeschrieben.

Der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr hat ein eigenes Modell entwickelt, in welchem der Zweckverband die Finanzierung und das Eigentum an den Fahrzeugen unmittelbar vom Verkehrsunternehmen übernimmt. Für die Laufzeit

[266] Vgl. auch Breinl, W., Der Leasingmarkt heute, Eisenbahn-Kurier 1/2011, S. 50–53.

[267] In Deutschland haben sich keine großen Leasingunternehmen vergleichbar den britischen Rolling Stock Operating Companies entwickelt; vgl. McCartney, S./Sittle, J., Taken for a Ride: The Privatization of the UK Railway Rolling Stock Industry, Public Money & Management 28(2), 2008, S. 93–100. Dies ist wahrscheinlich dadurch zu begründen, dass in Großbritannien die ehemaligen Staatsunternehmen selbst keine Fahrzeuge besitzen und somit die Fahrzeugauslastung der Leasingunternehmen eher sichergestellt ist. In Deutschland ist die DB Regio AG selbst im Besitz der von ihr eingesetzten Fahrzeuge, wodurch vier Fünftel des SPNV-Marktes für Leasinggesellschaften verschlossen sind. Darüber hinaus existieren prinzipielle Schwierigkeiten der Weiterverwendung; vgl. Tz. 283.

des ersten Verkehrsvertrags verpachtet der VRR die Fahrzeuge an das Unternehmen. Danach gehen die Fahrzeuge in die Verantwortung des Verbands über.

Neben dem klassischen Aufgabenträgerpool besteht außerdem die Möglichkeit, einen Auftragspool bzw. virtuellen Aufgabenträgerpool zu schaffen. Dabei handelt es sich um einen vom Aufgabenträger beauftragten, privat geführten Fahrzeugpool. Der Aufgabenträger wählt dazu vor dem SPNV-Vergabeverfahren einen Fahrzeugpoolbetreiber. Der Poolbetreiber übernimmt in diesem Fall die fahrzeugtechnischen Risiken, während der Aufgabenträger den Einsatz der Fahrzeuge für einen Zeitraum, der die Amortisation der Fahrzeuge ermöglicht, garantiert. In Großbritannien werden Fahrzeuge nach diesem Modell in großem Umfang beschafft, finanziert und unterhalten, während ein vergleichbares Modell in Deutschland bisher nach Informationen der Monopolkommission nicht umgesetzt worden ist.

286. Die dargestellten Modelle bieten für Eisenbahnverkehrsunternehmen den erheblichen Vorteil, dass die günstigen Kreditkonditionen der öffentlichen Aufgabenträger für die Finanzierung des Rollmaterials nutzbar gemacht werden. Außerdem ermöglicht ein Fahrzeugpool kleinen Eisenbahnverkehrsunternehmen, sich um größere SPNV-Leistungspakete zu bewerben.

287. Die durch den Einstieg der Aufgabenträger in die Fahrzeugfinanzierung bestehenden Optionen unterscheiden sich insbesondere in ihrer Marktnähe.[268] Die konventionellen Formen des Leasings und der Kreditfinanzierung sind den marktnahen Lösungen zuzuordnen, die keiner weiteren Regelungen durch die Aufgabenträger bedürfen. Die konventionellen Aufgabenträgerpools und mit Abstrichen auch das VRR-Modell stellen dagegen „staatsnahe" Lösungen dar. Dazwischen finden sich mit dem virtuellen Aufgabeträgerpool und Wiedereinsatzgarantien Mischformen mit unterschiedlichen Charakteristika der Aufgaben für Aufgabenträger, Verkehrsunternehmen und Finanziers.

288. Aus Sicht der Aufgabenträger sind für die Bewertung der Alternativen insbesondere die Wirtschaftlichkeit, die Beherrschbarkeit und die Allokation von Risiken, die Wettbewerbswirkungen und die Umsetzbarkeit relevant. Zusätzlich sind vergabe- und andere rechtliche Aspekte zu berücksichtigen. Unter den Kriterien der Wirtschaftlichkeit und Umsetzbarkeit sind insbesondere die marktfernen Lösungen für Aufgabenträger attraktiv, da hier geringere Risikoaufschläge der Kapitalgeber zu zahlen sind und Fahrzeugbeschaffung und Ausschreibung der Verkehrsleistung zeitlich entkoppelt werden können. Allerdings tragen die Aufgabenträger ein entsprechend höheres Risiko. Diese Modelle sind außerdem mit geringeren Markteintrittsbeschränkungen verbunden, sodass sich positive Impulse für die Wettbewerbsentwicklung erwarten lassen. Für das Operate Leasing ist die Wettbewerbswirkung entscheidend vom Weiterverwendungsrisiko der Fahrzeuge abhängig. Wenn das Rollmaterial hinreichend marktgängig ist, existiert kein spezifisches Weiterverwendungsrisiko.

289. Aus ordnungspolitischer Perspektive sind die marktfernen Aufgabenträgerpools mit einer Kompetenzverlagerung hin zu öffentlichen Aufgabenträgern langfristig als problematisch anzusehen. Hier agiert die öffentliche Hand auf einem Markt, von dem unter geeigneten Rahmenbedingungen zu erwarten ist, dass sich spezialisierte private Anbieter mit Kenntnis des Marktes entwickeln, die diese Leistungen effizienter erbringen können. Aus diesem Grund ist ein virtueller Aufgabenträgerpool, bei dem der Fahrzeugpool durch ein privatwirtschaftliches Unternehmen mit Kernkompetenzen in diesem Bereich betrieben wird, prinzipiell zu bevorzugen.

290. Die Monopolkommission begrüßt das Engagement der Aufgabenträger, die bestehenden strukturellen Probleme der Fahrzeugfinanzierung anzugehen. Eine sachgerechte Bewertung der Optionen können nur die Aufgabenträger selbst individuell vornehmen. Dabei müssen die konkreten und speziellen Anforderungen und Restriktionen berücksichtigt werden. Bei der Auswahl einer im Einzelfall geeigneten Alternative sollte nach Auffassung der Monopolkommission die Fahrzeugfinanzierung jedoch prinzipiell so weit wie möglich den Marktkräften überlassen werden.

Die Monopolkommission sieht es allgemein als wichtig an, dass die Fahrzeugstrategie mit der im vorherigen Abschnitt dargestellten Vergabestrategie gekoppelt und aufeinander abgestimmt wird. Zur Erhaltung und Steigerung des Wettbewerbs im Schienenpersonennahverkehr sollten die Fahrzeugstrategien der Aufgabenträger den Anforderungen des Marktes weiter angepasst werden. Dazu müssen die Anforderungen an das Rollmaterial marktgängiger gemacht werden. Diesbezüglich ist es nötig, Abstand von speziellen Anforderungen zu nehmen und stattdessen weitere Standardisierungen anzustreben. Die eingesetzten Fahrzeuge sollten, soweit unterschiedliche technische Voraussetzungen (beispielsweise hinsichtlich der Bahnsteighöhen, Energieversorgung, Sicherheitssysteme etc.) auch im europaweiten Markt zu berücksichtigen sind, mit vielen Standards kompatibel sein. Dies ist auch eine Voraussetzung dafür, dass sich ein funktionierender Sekundärmarkt für Rollmaterial im Schienenpersonennahverkehr entwickeln kann. Im Hinblick auf die Entwicklung eines Gebrauchtwagenmarktes ist zu berücksichtigen, dass die Fahrzeuge im Falle von Aufgabenträgerpools und Wiedereinsatzgarantien einem möglichen Sekundärmarkt entzogen werden. Dennoch stellen Wiedereinsatzgarantien unter den derzeitigen Rahmenbedingungen eine wirksame Möglichkeit der Aufgabenträger dar, den Verkehrsunternehmen die Fahrzeugfinanzierung zu erleichtern, ohne unnötig stark in den Markt einzugreifen. Daher ist es nach Meinung der Monopolkommission wichtig, dass die Aufgabenträger vorübergehend stärker von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.

Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Einsatz von Gebrauchtfahrzeugen prinzipiell häufiger und

[268] Vgl. Geuckler, M./Tegner, H., Finanzierung von SPNV-Fahrzeugen im Sog der Finanzmarktkrise, Der Nahverkehr, 12/2009, S. 42–46.

problemloser möglich sein. So sollte in Ausschreibungen soweit wie möglich auf die Forderung nach Neufahrzeugen verzichtet werden, wenn dies keinen negativen Effekt für den Wettbewerb im Vergabeverfahren erwarten lässt und die technischen Gegebenheiten dies zulassen. Langfristig sollten Aufgabenträger planen, immer die Verwendung von geeigneten Gebrauchtfahrzeugen zu ermöglichen, und nur in wenigen, gut begründeten Ausnahmen Neufahrzeuge verlangen.

3.4 Wettbewerbshindernisse durch die bestehende Tarif- und Vertriebsstruktur des Schienenpersonennahverkehrs

291. Eine weitere entscheidende Problematik im Zusammenhang mit der Wettbewerbssituation im Schienenpersonennahverkehr, die bereits im letzten Sondergutachten der Monopolkommission detailliert analysiert wurde, liegt in der Bedeutung von Tarif- und Vertriebskooperationen.[269] Beteiligte Unternehmen und Verbände diskutieren derzeit über eine Neugestaltung der bestehenden Strukturen. Der Monopolkommission sind dazu jedoch keine Details bekannt. Die Verhandlungen sind gegenwärtig noch nicht abgeschlossen, sodass die bereits früher dargestellten Wettbewerbshindernisse fortbestehen und die von der Monopolkommission empfohlenen Lösungsmöglichkeiten weiterhin Gültigkeit haben.

292. Im Nahverkehr existieren verschiedene etablierte Strukturen, die dazu dienen sollen, das Angebot für die Kunden zu vereinheitlichen. Durch zunehmende Vergaben an Wettbewerber agieren heute zahlreiche Unternehmen am Markt, die komplementär, aber auch parallel einzelne Nahverkehrsverbindungen bedienen. Die Wettbewerbsfähigkeit des Schienenpersonenverkehrs im Ganzen könnte leiden, wenn Fahrgäste im Rahmen der beanspruchten Relationen, welche Angebote verschiedener Unternehmen beinhalten, für jedes Unternehmen eigene Fahrscheine bei Fahrtbeginn erwerben müssten. Um dies zu verhindern, verpflichtet § 12 AEG die Verkehrsunternehmen, daran mitzuwirken, dass der Kunde bundesweit mit einem einzigen Ticket die Leistungen sämtlicher Unternehmen auf der von ihm gewünschten Strecke in Anspruch nehmen kann. Im Detail sieht § 12 Absatz 1 Satz 3 Ziffer 1 und 2 AEG dazu eine Verpflichtung der Eisenbahnverkehrsunternehmen vor, daran mitzuwirken, „durchgehende Tarife“ und eine „direkte Abfertigung“ sicherzustellen. Im Schienenpersonennahverkehr ist dies regional bereits dadurch gewährleistet, dass die Aufgabenträger in ihren Verkehrsverträgen das Angebot zu einheitlichen Tarifen innerhalb eines Tarif- und Verkehrsverbundes vorschreiben. Allerdings decken regionale Verbundtickets aufgrund der dezentralen Organisationsstruktur im deutschen Schienenpersonennahverkehr nur einen Teil der Verbindungswünsche ab. Deshalb wurde mit dem sog. Anstoßtarif durch den „Tarifverband der Bundeseigenen und Nichtbundeseigenen Eisenbahnen in Deutschland“ (TBNE)[270] ein bundesweit unternehmensübergreifendes Tarifmodell geschaffen, bei welchem der TBNE die tarifliche Anbindung nichtbundeseigener Eisenbahnen an das Tarifsystem der Deutschen Bahn AG koordiniert. Dieses Modell wurde nach Inkrafttreten des Regionalisierungsgesetzes größtenteils durch ein Kooperationssystem zwischen den Eisenbahnunternehmen und der Deutschen Bahn AG ersetzt, welches durch den TBNE koordiniert wird. Im Rahmen dieses Systems kooperieren die Eisenbahnverkehrsunternehmen jeweils mit der Deutschen Bahn AG, um einen bundesweiten Tarif anzubieten. Der Inhalt der Kooperationsverträge wird aufgrund ihrer starken Stellung im TBNE und der bestehenden Informations- und Größenvorteile maßgeblich durch die Deutsche Bahn AG bestimmt. Häufig kommt der Nahverkehrstarif der Deutschen Bahn AG zur Anwendung.

Im Rahmen der Tarifkooperationen können Tickets des gemeinsamen Tarifs von jedem Verkehrsunternehmen auch für Relationen, die von Konkurrenten bedient werden, verkauft werden. Neben den Tarifkooperationen sind daher gleichzeitige Vertriebskooperationen erforderlich, um den bundesweiten Vertrieb des gemeinsamen Nahverkehrstarifs sicherzustellen. Dabei ist zwischen den beteiligten Unternehmen darüber zu verhandeln, inwieweit Wettbewerber im gemeinsamen Vertrieb Fahrscheine für Züge der Deutschen Bahn AG vertreiben können. Nach Informationen der Monopolkommission beschränkt sich dabei der Vertrieb von Tickets der Deutschen Bahn AG durch Wettbewerber auf regionale Verbindungen, während die Deutsche Bahn AG auch bundesweite Vertriebsleistungen übernimmt.

293. Die Deutsche Bahn AG steht durch die bilateralen Kooperationen im Mittelpunkt dieses Systems. Die Vertragsinhalte der Kooperationen sind dementsprechend teils asymmetrisch ausgestaltet und enthalten verschiedene Regelungen, die der Deutschen Bahn AG zu Wettbewerbsvorteilen verhelfen.[271] So hat die Deutsche Bahn AG einen dominierenden Einfluss auf die Tarifstruktur sowie auf Preise und Konditionen besonderer Angebote. Wettbewerber können dagegen die Preisstruktur und das Sortiment innerhalb des Tarif- und Vertriebssystems kaum selbst beeinflussen. Beispielsweise können wiederholte Sonderangebote der Deutschen Bahn AG unvorhergesehene Mindereinnahmen und zusätzliche operative Kosten bei den Wettbewerbern verursachen.

Auch besitzt die Deutsche Bahn AG im Rahmen des Verfahrens zur Erlösaufteilung für den gemeinsamen Ticketvertrieb eine vorteilhafte Position, da die Erlöse aus dem Verkauf gemeinsam gültiger Tickets zunächst der DB Vertrieb GmbH gemeldet werden und die Erlösaufteilung

[269] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 2.4.3.

[270] Im TBNE verfügt die Deutsche Bahn AG gemäß Satzung über 50 Prozent der Stimmrechte und ein Vetorecht. Die Geschäftsführung obliegt der Staatsbahn. Unter den nichtbundeseigenen Eisenbahnen sind nicht alle heute aktiven Wettbewerbsbahnen im TBNE vertreten. Die Aufgabenträger haben keine feste Funktion im TBNE.

[271] Vgl. für eine ausführliche Darstellung Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 69.

nach dem Anspruchsverfahren erfolgt. Danach müssen Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Ansprüche an Einnahmen aus dem gemeinsamen Vertrieb der Deutschen Bahn AG gegenüber nachweisen, wobei diese mit Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse nur unzureichend Auskünfte zu Gesamteinnahmen oder relationsbezogenen Vertriebsdaten zur Verfügung stellt. So werden zur Erhebung der Ansprüche alle zwei Jahre Fahrgastzählungen und -befragungen und darauf aufbauende Hochrechnungen durchgeführt. Problematisch ist dabei, dass aus den so gewonnenen Daten nicht exakt auf die tatsächlichen Fahrgasterlöse geschlossen werden kann. Wettbewerber bemängeln die generelle Intransparenz des Verfahrens. Auch können keine Kundengewinne und -verluste innerhalb eines Vertragsturnus abgebildet werden. Weil diese bei der Deutschen Bahn AG wirksam werden, verzerrt dies die Anreize zur Nachfragesteigerung. Da die Deutsche Bahn AG bis zur Erlösaufteilung durch Abschluss eines TBNE-Vertrags nur geringe Abschlagszahlungen an die Verkehrsunternehmen leistet, entsteht bei der Deutschen Bahn AG ein nicht unerheblicher Zinsgewinn, während die Wettbewerber einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt sind. Darüber hinaus bestehen für die Deutsche Bahn AG durch den exklusiven Besitz detaillierter Erlösdaten erhebliche Vorteile in der Erlösplanung bei der Teilnahme an Ausschreibungen.[272]

Auch im Bereich der Vertriebskooperationen treten zwischen der DB Vertrieb GmbH und Wettbewerbern Schwierigkeiten auf. Beispielsweise können durchgehende Fahrscheine derzeit nur über das Vertriebssystem der Deutschen Bahn AG gewährleistet werden. Den Wettbewerbern ist es derzeit nicht möglich, in einem eigenen Vertriebssystem alle Fahrziele anzubieten, die von den Verkehrsgesellschaften der Deutschen Bahn AG bedient werden. Dies betrifft insbesondere den Fernverkehr. Daher müssen sich die Wettbewerber zumindest zusätzlich des Vertriebs der Deutschen Bahn AG bedienen. Außerdem verlangt die DB Vertrieb für Eigenverkäufe von Fahrscheinen zugunsten der Wettbewerber höhere Provisionen, als sie umgekehrt gewährt.

294. Nach Auffassung der Monopolkommission birgt das bestehende Tarif- und Vertriebssystem erhebliches Konfliktpotenzial und kann sich deutlich nachteilig auf den Wettbewerb im Schienenpersonenverkehr auswirken. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Bereich kann als wesentliche Markteintrittsbarriere fungieren.

Da jeder Anbieter von SPNV-Leistungen grundsätzlich in der Lage ist, ein eigenes Tarif- und Vertriebssystem aufzubauen, sind das bestehende Tarifsystem und die Vertriebsleistungen grundsätzlich nicht durch Markt- oder Wettbewerbsversagen gekennzeichnet. Allerdings würde der Aufbau weiterer Systeme zu einer heterogenen Vertriebslandschaft und einer geringeren Attraktivität des Schienenpersonenverkehrs aufgrund von möglicherweise erheblichen Transaktionskosten aufseiten der Fahrgäste führen. Dies wird durch die Vorgabe des § 12 AEG, mit der die Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einer Mitwirkung an einem bundesweit einheitlichen System verpflichtet werden, vermieden. So haben Eisenbahnverkehrsunternehmen Tarif- und Vertriebskooperationen einzugehen. Im bestehenden Kooperationssystem ist nur die Deutsche Bahn AG in der Lage, einen bundesweiten Ticketvertrieb sicherzustellen und einen einheitlichen Tarif vorzugeben und kann ihre marktbeherrschende Stellung nutzen, um den Wettbewerbern die Bedingungen des Systems in wesentlichen Punkten zu diktieren.

295. Mit der Vorgabe des § 12 AEG formuliert der Staat im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs eigene Anforderungen an das von ihm finanzierte Leistungsangebot, stellt jedoch keine Regeln für die Durchführung auf. Aufgrund dessen besteht für den Staat als Besteller und Finanzierer des Schienenpersonennahverkehrs keine signifikante Einflussmöglichkeit auf das Tarifangebot. Er kann somit nicht sicherstellen, dass dem öffentlichen Interesse an einem gemeinsamen Tarif effizient und seinen Anforderungen gemäß nachgekommen wird. Die Monopolkommission hat daher bereits im vorangegangenen Sondergutachten gefordert, das Verfahren, nach dem die Anbieter im Schienenpersonennahverkehr ihre Leistungen zu einem gemeinsamen, bundesweit gültigen Tarif anbieten, gesetzlich näher zu regeln.[273] Dazu sollten die Vorgaben des § 12 AEG für den Schienenpersonennahverkehr entsprechend verändert und ergänzt werden. Der gemeinsame Tarif sollte durch einen zu gründenden bundesweiten Tarifverbund festgelegt werden, in dem kein einzelnes Nahverkehrsunternehmen eine dominierende Stellung besitzt. Die Aufgabenträger sind als ebenfalls Betroffene in diesen Tarifverbund einzubinden. Der Tarifverbund ist damit zu beauftragen, einen bundesweiten SPNV-Tarif zu entwickeln und den Vertrieb der gemeinsamen Tickets zu koordinieren. Außerdem ist durch den Verbund eine einheitliche prozentuale Tarifprovision festzulegen. Die Monopolkommission geht davon aus, dass sich durch die Zusammenführung der Interessen der Verbundbeteiligten in einem Tarifverbund, in dem kein Akteur eine dominante Position besitzt, innerhalb der durch § 12 AEG vorgegebenen Grenzen effiziente interne Regelungen einstellen werden. Daher bedarf der Mechanismus zur Erlösaufteilung und die Weitergabe von Vertriebsdaten in diesem Rahmen keiner gesonderten Regulierung.[274]

Der Tarifverbund bietet die Möglichkeit, auch Fernverkehrsunternehmen diskriminierungsfrei in das System einzubinden. Dazu müssen diese Unternehmen für den integrierten Vertrieb von Nah- und Fernverkehrstickets eine bilaterale Vereinbarung mit dem SPNV-Tarifverbund tref-

[272] Vgl. Tz. 275.

[273] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 74.

[274] Eine andere von der Monopolkommission vorgeschlagene Möglichkeit, ein bundesweit einheitliches Tarif- und Vertriebssystem zu gewährleisten, besteht in der Anwendung des Anstoßtarifs, der verschiedene unternehmensbezogene Tarifsysteme durch Addition der Einzelpreise koppelt. Dazu sollte statt auf die Kopplung von unternehmensbezogenen Tarifsystemen auf die Kopplung der Tarife der Verkehrsverbünde abgestellt werden. Vgl. zur ausführlichen Darstellung Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 73.

fen, um mit ihren Fahrscheinen auch den Vor- und Nachlauf im Schienenpersonennahverkehr zu ermöglichen. Dadurch wären diese Wettbewerber im Schienenpersonenfernverkehr der Deutschen Bahn AG, die bisher durch die interne Anpassung von Nah- und Fernverkehrstarifen Wettbewerbsvorteile hat, gleichgestellt.

Durch die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens, durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen ihrer Mitwirkungspflicht zu bundesweit durchgehenden SPNV-Tarifen nachkommen, kann ausgeschlossen werden, dass ein einzelnes Unternehmen die Möglichkeit besitzt, die Kooperationsverpflichtungen durch seine Marktmacht auszunutzen.

296. Im Jahr 2010 hat die Deutsche Bahn AG angekündigt, den Wettbewerbern entgegenzukommen und einige der bestehenden Probleme anzugehen. So sollte für mehr durch die Deutsche Bahn AG bediente Relationen auch der Ticketvertrieb durch die Wettbewerber ermöglicht, die Transparenz des Erlösaufteilungsverfahrens erhöht und dieses Verfahren dynamisiert werden. Mitte 2010 wurde eine Arbeitsgruppe im TBNE gegründet, die sich mit der Neuorganisation in Richtung einer Verbundgesellschaft für einen bundesweiten Tarif befasst. Bisher sind nach Informationen der Monopolkommission keine konkreten Ergebnisse beschlossen worden, obwohl im ersten Quartal 2011 eine Konzeption vorgelegt werden sollte, die unter anderem Details zur Organ- und Gremienstruktur, den Aufgaben, Prozessen und der Finanzierung umfassen sollte. Über den aktuellen Stand der Arbeit der Arbeitsgruppe liegen der Monopolkommission keine Informationen vor. Aufgrund der mit derartigen Verhandlungen einhergehenden Schwierigkeiten hatte die Monopolkommission gefordert, dass der Gesetzgeber die Beteiligten verpflichtet, bis zu einem bestimmten Stichtag einen Tarifverbund zu gründen. Falls sich die Betroffenen bis zu diesem Termin nicht einigen können, sollte der zuständige Minister die Organisation des Verbundes per Verordnung bestimmen.[275]

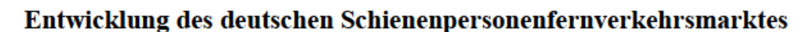
Unabdingbar ist nach Auffassung der Monopolkommission für eine Neuorganisation, dass die Dominanz der Deutschen Bahn AG mit den bestehenden Möglichkeiten zum Missbrauch dieser Marktmacht aufgelöst wird. Solange dies nicht geschehen ist, stellt die Tarif- und Vertriebsstruktur weiterhin ein gewichtiges Wettbewerbshindernis dar. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung in diesem Bereich kann als wesentliche Markteintrittsbarriere fungieren.

4 Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienenpersonenfernverkehr

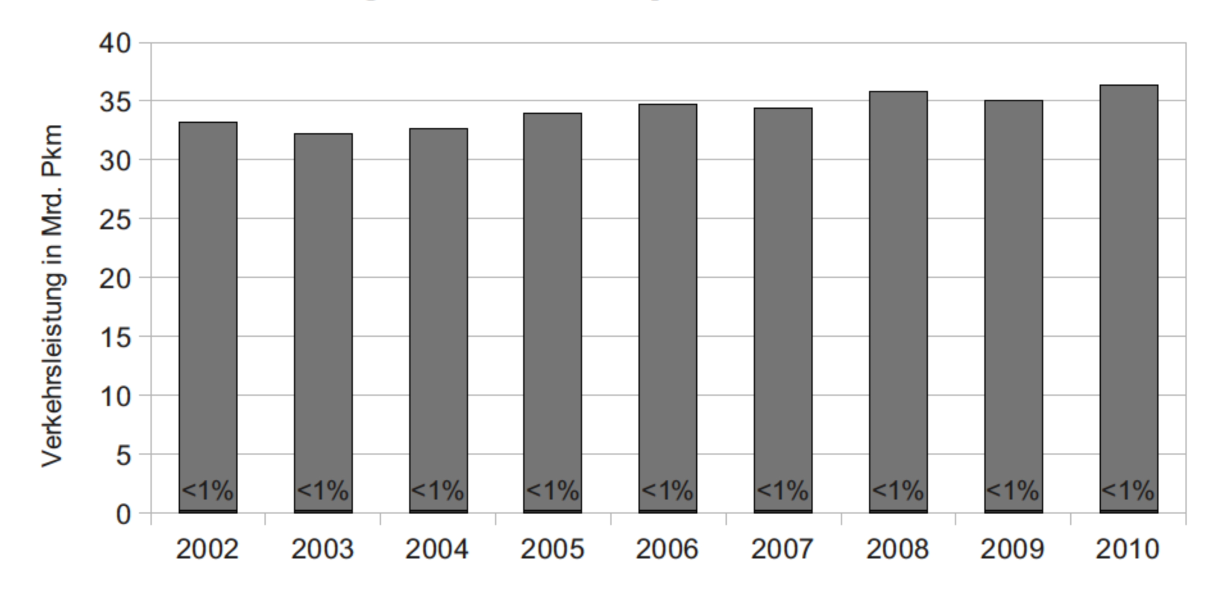
297. Im Schienenpersonenfernverkehr hat sich bisher kein relevantes Wettbewerberangebot entwickelt. Neben der Deutschen Bahn AG mit ihrer Tochter DB Fernverkehr AG hat sich kein Unternehmen mit einem nennenswerten Angebot im Markt etablieren können. So beläuft sich der Marktanteil der Deutschen Bahn AG seit Jahren auf über 99 Prozent und es besteht damit im Schienenpersonenfernverkehr weiterhin ein nahezu vollständiges Monopol des Marktführers. Dessen bediente Verkehrsleistung ist dabei über die letzten Jahre sehr stabil (vgl. Abbildung 4.1). Die Wettbewerbsentwicklung im Schienenpersonenfernverkehr bleibt damit weit hinter denen der anderen Verkehrssegmente zurück.

[275] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 74.

Abbildung 4.1



Entwicklung des deutschen Schienenpersonenfernverkehrsmarktes



Quellen: Statistisches Bundesamt, Bundesnetzagentur; eigene Darstellung

298. Bereits seit der Bahnreform 1994 sind wesentliche administrative Hindernisse für Zutritte privater bzw. nichtbundeseigener Eisenbahnen im deutschen Schienenpersonenfernverkehr gefallen. Im Gegensatz zum Schienenpersonennahverkehr, wo Leistungen öffentlich gefördert und als Aufträge über Vergaben bestellt werden, muss der Schienenpersonenfernverkehr, der solche Fördermittel nicht erhält, eigenwirtschaftlich betrieben werden. Wie im Schienengüterverkehr intendierte die gesetzliche Liberalisierung und Neuordnung des Bahnmarktes, neuen Anbietern den Markteintritt unter diskriminierungsfreien Bedingungen zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund werden gemäß dem gesetzlich beabsichtigten Wettbewerbsansatz nach allgemeinem Begriffsgebrauch nur eigenwirtschaftliche Verkehre zum Schienenpersonenfernverkehr gerechnet.[276]

299. Wettbewerbspolitisch wurde erwartet, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen infolge der Liberalisierung nach eigenwirtschaftlichen Kriterien Verbindungen im Fernverkehr anbieten würden. Mit § 14 Absatz 2 Nummer 1 AEG, wonach jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz im Inland Zugang zur deutschen Eisenbahninfrastruktur gewährt wird, wurden dazu die rechtlichen Zugangsvoraussetzungen für private Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonenfernverkehr geschaffen. Somit besteht in Deutschland ein weitgehend liberalisierter Marktzugang. Im europäischen Vergleich wurden in Deutschland frühzeitig wichtige Markteintrittsschranken abgebaut. Vonseiten der Europäischen Union ist bisher keine vollständige Öffnung der Eisenbahninfrastruktur zur Erbringung von Personenfernverkehrsdiensten vorgegeben. Durch die Richtlinie 2007/58/EG des dritten Eisenbahnpakets[277] erfolgte zwar eine Anpassung der Zugangsvorschriften für den Personenverkehr durch die Änderung der Richtlinie 91/440/EWG, allerdings wurden die Mitgliedstaaten nach dem neuen Artikel 10 Absatz 3a RL 91/440/EWG lediglich verpflichtet, ab dem 1. Januar 2010 Personenverkehrsdienste auf grenzüberschreitenden Verbindungen zuzulassen. Nach Artikel 3 RL 91/440/EWG n.F. ist ein grenzüberschreitender Personenverkehrsdienst ein „Dienst zur Beförderung von Fahrgästen, bei dem der Zug mindestens eine Grenze eines Mitgliedstaats überquert, und dessen Hauptzweck die Beförderung von Fahrgästen zwischen Bahnhöfen in verschiedenen Mitgliedstaaten ist.“ Obwohl damit auch die Beförderung von Fahrgästen innerhalb eines Mitgliedstaates ermöglicht wird, erfolgte somit keine vollständige Öffnung europäischer Inlandsmärkte. Für den deutschen Markt ist diese Änderung europäischer Vorgaben weniger bedeutend, da bereits zuvor ein weitgehend liberalisierter Zugang bestand.

300. Dennoch ist im deutschen Schienenpersonenfernverkehr bis auf wenige Ausnahmen auf Einzelstrecken kaum aktiver Wettbewerb zu beobachten. In den vergangenen Jahren hat es nur vereinzelt Versuche gegeben, in den Markt für eigenwirtschaftlichen Schienenpersonenfernverkehr einzutreten. Wenige dieser Fernverkehrsangebote konnten sich langfristig am Markt halten (vgl. Abbildung 4.2).

301. In der Vergangenheit sind meist solche Eisenbahnverkehrsunternehmen in den deutschen SPFV-Markt eingetreten, die bereits im SPNV-Markt aktiv waren. So bietet die Veolia Verkehr GmbH (ehemals Connex Verkehr) unter der Marke InterConnex seit 2002 eine Fernverkehrsverbindung in Konkurrenz zur Deutschen Bahn AG an. Der InterConnex fährt derzeit täglich von Leipzig über Berlin und Rostock nach Warnemünde und wieder zurück. Seit 2007 verkehren täglich zwei, wochentags drei Zugpaare zwischen Leipzig und Berlin, von denen eines nach Rostock-Warnemünde weiterfährt. Veolia Verkehr hatte zwischenzeitlich weitere eigenwirtschaftliche Fernverbindungen angeboten, die jedoch wieder eingestellt wurden. In 2002 wurde eine zweite InterConnex-Linie zwischen Zittau, Berlin und Stralsund aufgebaut. Die Züge verkehrten zwischen Zittau und Cottbus als Nahverkehrszug und ab Cottbus als Fernverkehrszug. Zeitweilig wurde die Verbindung nach Binz im Norden und bis ins tschechische Liberec im Süden verlängert, später auf die Relation Dresden–Stralsund geändert. 2006 wurde die Linie vollständig eingestellt. Zwischen Juni und Oktober 2003 bestand durch Veolia außerdem das Angebot einer Fernverbindung zwischen Köln (später Neuss) und Rostock.

Des Weiteren verlängert Veolia seit 2005 am Wochenende für Ausflügler und Wochenendpendler einige seiner bestellten Nahverkehrsverbindungen des Nordharznetzes (HarzElbeExpress) nach Berlin. Diese Züge verkehren unter dem Namen Harz-Berlin-Express. Zur Zeit werden wöchentlich je drei Fahrten angeboten. Innerhalb Sachsen-Anhalts verkehrt der Harz-Berlin-Express als bestellter Nahverkehrszug im Auftrag des Landes Sachsen-Anhalt. Außerhalb von Sachsen-Anhalt, zwischen Genthin und Berlin, verkehrt dieser Zug dabei als eigenwirtschaftlicher Fernverkehrszug. Die Verbindung wurde früher von der Deutschen Bahn AG bedient.

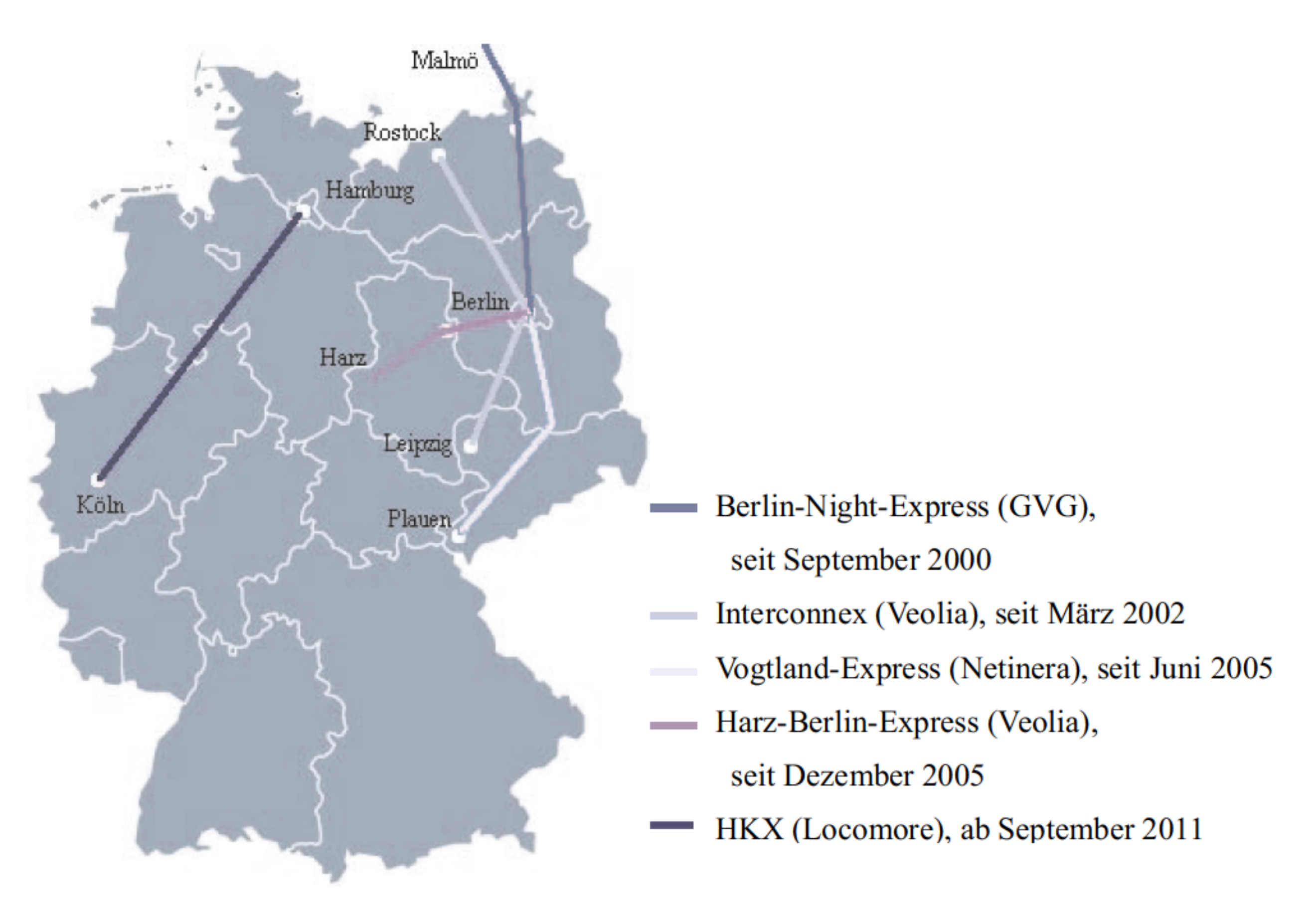
Darüber hinaus bietet die Vogtlandbahn, Teil der Netinera Deutschland GmbH (ehemals Arriva Deutschland GmbH), neben ihrem bestellten Nahverkehrsangebot seit 2005 mit dem Vogtland-Express eine eigenwirtschaftliche Verbindung von Plauen über Chemnitz nach Berlin und zurück an. Der Zug verkehrt einmal täglich und ersetzt eine Interregio-Verbindung, die von der Deutschen Bahn AG eingestellt worden war. 2009 wurde der Vogtland-Express wegen mangelnder Rentabilität zunächst eingestellt, nahm jedoch drei Monate später den Betrieb wieder auf.

[276] Nach der Begriffsbestimmung des Regionalisierungsgesetzes liegt nach § 2 Satz 2 RegG im Zweifel Nahverkehr vor, „wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“ Jedoch existiert eine Vielzahl von bestellten Nahverkehrsrelationen, die über diese Grenzen hinausgehen.

[277] Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. EU Nr. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 44.

Abbildung 4.2

Bestehende Angebote von Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG im Schienenpersonenfernverkehr



Quelle: Eigene Darstellung

Nachdem die Deutsche Bahn AG sich von der Relation Berlin–Malmö zurückgezogen hatte, übernahm die Georg Verkehrsorganisation GmbH (GVG) als erstes privates Unternehmen im Jahr 2000 einen Fernzug der Deutschen Bahn AG. Sie ist damit bis zum Start des Hamburg-Köln-Expresses auch das einzige Fernverkehrsunternehmen, das nicht bereits vor dem Eintritt in den SPFV-Markt als Nahverkehrsanbieter in Deutschland etabliert war. Seit September 2000 betreibt die GVG zusammen mit dem schwedischen staatlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen SJ AB diesen Reisezug zwischen Schweden und Deutschland. Der Schlaf- und Liegewagenzug fährt im Sommer täglich, ansonsten dreimal wöchentlich über Nacht von Malmö nach Berlin und zurück. Zwischen Trelleborg und Sassnitz setzen die Züge per Eisenbahnfähre über die Ostsee über. Jedoch befahren die Züge die Gesamtstrecke ohne weitere Verkehrshalte, deutscher Binnenverkehr wird somit nicht bedient. Weitere Versuche der GVG, grenzüberschreitende Verkehrsangebote zwischen Basel und Mailand sowie Mannheim und Paris anzubieten, scheiterten.

Die meisten Angebote von Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG im Fernverkehr haben gemeinsam, dass sie gegenüber den Fernverkehrszügen ICE und IC der Deutschen Bahn AG in der Regel deutlich günstigere Preise bieten, dafür aber längere Fahrtzeiten in Kauf genommen werden müssen.

302. Für die nahe Zukunft besteht durch die Ankündigung des Hamburg-Köln-Expresses (HKX) die Hoffnung, dass der Anteil der Wettbewerber erstmalig über die Ein-Prozent-Marke steigen wird. Der HKX soll ab Herbst 2011 dreimal täglich die stark frequentierte Nord-West-Relation zwischen diesen Metropolen bedienen. Die Betreiberin des Fernzuges, die Hamburg-Köln-Express GmbH wäre damit die erste privatwirtschaftlich organisierte Eisenbahngesellschaft Deutschlands, die ausschließlich nationalen Schienenpersonenfernverkehr betreibt. Das Unternehmen entstand im Oktober 2009 als Joint Venture zwischen der RDC Deutschland GmbH, der locomore rail GmbH & Co. KG (Locomore Rail) und dem englisch-kanadischen Eisenbahninvestor Michael Schabas. Ursprünglich war der Start des HKX für August 2010 geplant. Trassenkonflikte beim Rahmenvertragsabschluss verhinderten dies jedoch.[278]

[278] Vgl. Tz. 311.

Der HKX unterscheidet sich von den bestehenden und ehemaligen SPFV-Angeboten von Wettbewerbern insbesondere in der Auswahl der bedienten Relation und der Qualität des Angebots. Die Verbindung von Hamburg nach Köln mit zahlreichen Zwischenhalten in Großstädten zeichnet sich durch ein hohes Fahrgastaufkommen aus und wird bereits von der Deutschen Bahn AG mit durchgehenden IC-Zügen bedient. Der HKX wird also in direkter Konkurrenz zu bestehenden Angeboten der DB Fernverkehr AG stehen und plant mit dem Einsatz von drei Zugpaaren pro Tag von Beginn an eine höhere Bedienfrequenz als bisherige Wettbewerberangebote. Auch sieht das Konzept einen höheren Reisekomfort vor, als der parallele IC bietet. Die Fahrzeit soll dabei nur unwesentlich länger sein. Der Ticketpreis soll etwa der Hälfte des regulären Preises der DB Fernverkehr AG entsprechen. Das Angebot weist starke Ähnlichkeiten mit dem auf dieser Strecke mit etwas weniger Zwischenhalten von 1999 bis 2004 verkehrenden Metropolitan Express Train der Deutschen Bahn AG auf.

303. Neben den beschriebenen eigenwirtschaftlichen Verkehren existieren auf weiteren Relationen in Deutschland Fernverkehrsangebote, die nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden, sondern als bestellter Nahverkehr aus öffentlichen Mitteln finanziert werden. Dazu gehört der alex (Arriva-Länderbahn-Express) in Bayern. Als Teilstrecken einer bis 2002 verkehrenden Interregio-Linie werden seit 2007 die Strecken Hof–München und München–Lindau/Oberstdorf von der zu Netinera gehörenden Regentalbahn bedient. Der Betrieb wird von der Tochtergesellschaft Vogtlandbahn abgewickelt. Der heutige alex ist der Nachfolger des zwischen München und Oberstdorf verkehrenden Allgäu-Expresses. Auch die metronom Eisenbahngesellschaft mbH bietet auf den Strecken Hamburg–Bremen, Hamburg–Cuxhaven, Hamburg–Hannover und Hannover–Göttingen ein nicht eigenwirtschaftliches Angebot im Fernverkehr.

304. Insgesamt zeigt sich weiterhin eine nur sehr schwache Entwicklung des Wettbewerbs im Schienenpersonenfernverkehr. Insbesondere im Vergleich mit den Schienenverkehrsleistungen im Nah- und Güterverkehr, in denen zumindest in gewissen Grenzen Wettbewerb besteht, fällt die Situation im Fernverkehr deutlich zurück. Aus diesem Grund hat die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit die Marktzugangsvoraussetzungen für potenzielle Wettbewerber zum Schienenpersonenfernverkehr analysiert und wesentliche Hindernisse für eine Entwicklung von Konkurrenzverkehren zur Deutschen Bahn AG sowie Perspektiven für die Wettbewerbsentwicklung aufgezeigt.[279] Diese Analyse wird nachfolgend vor dem Hintergrund der stagnierenden Wettbewerbsentwicklung und des Markteintritts von Locomore Rail aufgegriffen. Dazu werden in Abschnitt 4.1 die charakteristischen Wettbewerbsparameter des deutschen Schienenpersonenfernverkehrs untersucht, welche die prinzipiellen Markteintrittsbedingungen und -barrieren determinieren. Darauf aufbauend werden in Abschnitt 4.2 mögliche Markteintrittsstrategien analysiert und so relevante Markteintrittshindernisse identifiziert. Anschließend werden in Abschnitt 4.3 wirtschaftspolitische Optionen abgeleitet, welche die bestehenden Eintrittsbarrieren mindern können. Angesichts der Interdependenzen zwischen Schienenpersonenfernverkehr und anderen Verkehrsträgern wird abschließend in Abschnitt 4.4 die von der Bundesregierung geplante und auf Grundlage eines vorliegenden Referentenentwurfs zur Neufassung des Personenbeförderungsgesetzes bevorstehende Liberalisierung des Fernbuslinienverkehrs untersucht.

4.1 Wettbewerbsparameter und Determinanten für den Markteintritt im Schienenpersonenfernverkehr

305. Da Leistungen des Schienenpersonenfernverkehrs in der Regel nicht durch die Gebietskörperschaften nachgefragt werden, müssen die Angebote sich dort allein aus den Fahrgasteinnahmen refinanzieren. Dies hat zur Folge, dass dem Druck, das Angebot entsprechend den Konsumentenpräferenzen zu optimieren, im Vergleich zum Nahverkehr mehr Gewicht zufällt. Von entscheidender Bedeutung sind daher der Angebotspreis und die Reisezeit als wichtigster qualitativer Wettbewerbsparameter. Dabei spielt für die Reisezeit nicht nur die Reisegeschwindigkeit eine Rolle, sondern auch die Pünktlichkeit der Züge, deren Taktfrequenz sowie die Anbindung an den öffentlichen Personennahverkehr. Als besonders wichtig wird zudem angesehen, ob eine Direktverbindung angeboten wird.[280]

306. Für die preisliche Konkurrenzfähigkeit von Marktneulingen sind Unterschiede in den Kostenstrukturen zwischen Alt- und Neuanbietern entscheidend. Besonders beim Einkauf von rollendem Material kann die Deutsche Bahn AG wie im Schienenpersonennahverkehr Größenvorteile geltend machen und weist durch ihre staatliche Eigentümerschaft Finanzierungsvorteile auf. Prinzipiell stellen sich die Probleme der Kreditfinanzierung des Schienenpersonenfernverkehrs für private Eisenbahnverkehrsunternehmen vergleichbar denen des Schienenpersonennahverkehrs dar[281]. Im Schienenpersonenfernverkehr ist dabei ebenfalls zu berücksichtigen, dass kein aktiver Gebrauchtwagenmarkt für Fernverkehrsmaterial besteht. Daher ist die Beschaffung von günstigem gebrauchtem Rollmaterial für den Markteintritt nur sehr schwer möglich. Der Aufwand für rollendes Material stellt vor diesem Hintergrund eine zentrale Markteintrittshürde dar. Das Fehlen eines Gebrauchtwagenmarktes ist im Schienenpersonenfernverkehr auch deshalb problematisch, da weniger Möglichkeiten bestehen, das erworbene Rollmaterial im Falle eines Scheiterns des Markteintritts anderweitig einzusetzen oder zu verkaufen.

[279] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitte 3.1 bis 3.3, sowie Mitusch, K. u. a., Wettbewerbsaussichten im Schienenpersonenfernverkehr, Studie der IGES Institut GmbH im Auftrag der Monopolkommission, Berlin, September 2009.

[280] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tab. 3.1, bzw. Perrey, J., Nutzenorientierte Marktsegmentierung, Wiesbaden 1998, S. 181.

[281] Vgl. Abschnitt 3.3.2.

Kostenvorteile für einen Neuanbieter von SPFV-Leistungen werden hingegen aufseiten der Vertriebsorganisation und bei den Overhead-Kosten vermutet, wenn ein neuer Marktakteur die Betriebsabläufe effizienter und flexibler gestaltet als der Altbetreiber Deutsche Bahn AG.

307. Ebenso wie im Schienenpersonennahverkehr stellt sich auch für den Fernverkehr nicht nur die Beschaffung und Finanzierung, sondern auch die Zulassung von Fahrzeugen durch das Eisenbahn-Bundesamt als schwierig dar. Diese Problematik wird in Abschnitt 5.2 thematisiert.

308. Die DB Fernverkehr AG betreibt derzeit ein umfangreiches Fernverbindungsnetz. Aufgrund der Größe dieses Bestandsnetzes verfügt die Deutsche Bahn AG möglicherweise über ökonomisch relevante Netzwerk-Skalenvorteile, die ein neuer Marktakteur, der zunächst mit dem Angebot einzelner Linien in den Markt einsteigt, nicht erzielen kann. Die Abstimmung einer großen Zahl an Verbindungen stellt die Anbieter vor ein äußerst komplexes Optimierungsproblem. Auch wenn eine vollständige Optimierung aufgrund der zahlreichen Planungs- und Preisbildungsfaktoren nicht möglich ist, ist davon auszugehen, dass die Deutsche Bahn AG ihre Feinabstimmung einzelner Linien bereits weit entwickelt hat und somit einen zusätzlichen Nutzen aus zusätzlichen Reisekombinationen und Qualitäts- und Preisdifferenzierungsmöglichkeiten schöpfen kann. Wie groß der sich daraus ergebende Wettbewerbsvorteil für den Altbetreiber ist, lässt sich jedoch für das gesamte Netz nicht bestimmen.[282] Auch Überschätzungen des Vorteils sind nicht auszuschließen. Beispielsweise haben Wettbewerber der großen Liniengesellschaften im internationalen Flugverkehr deren optimierte Hub-and-Spoke-Netzkonfiguration nicht zu imitieren versucht, sondern Punkt-zu-Punkt-Verbindungen angeboten und dadurch den Nachteil eines weniger fein abgestimmten Hub-and-Spoke-Netzes vermieden. Für die DB Fernverkehr AG könnten sich durch das optimierte Fernverkehrsnetz auch Nachteile ergeben, da sie aufgrund dessen hohen Integrationsgrads weniger flexibel ist, ihr Angebot anzupassen. Dies ist sowohl für Veränderungen der Nachfrage relevant als auch für eine mögliche Reaktion auf einen Markteintritt von Wettbewerbern.

309. Ein weiterer, einen Markteintritt determinierender Faktor ist die zu erwartende Wettbewerbsintensität. Die betrifft sowohl den intramodalen Wettbewerb auf der Schiene als auch den intermodalen Wettbewerb durch andere Verkehrsträger. In der Regel entwickelt sich der intramodale Wettbewerb zuerst in den Bereichen, in denen das System Bahn die stärksten intermodalen komparativen Vorteile gegenüber anderen Verkehrsträgern besitzt. Dennoch könnte bestehende intermodale Konkurrenz ungünstig erscheinen, um intramodalen Wettbewerb zu entwickeln. Auf Relationen, auf denen die Eisenbahn der effiziente Verkehrsträger ist, ist intramodaler Wettbewerb wünschenswert.[283] Intermodaler Wettbewerb allein kann aufgrund der systemischen Unterschiede der Verkehrsträger intramodale Konkurrenz nicht substituieren.

310. Als Eigentümer der Infrastruktur kann die Deutsche Bahn AG die dortige Preissetzung und die Zugangsbedingungen bestimmen. Die damit einhergehenden Risiken der Diskriminierung wurden in Kapitel 2 bereits ausführlich dargestellt. Wettbewerber müssen diese bestehenden Diskriminierungsrisiken als höhere Kosten einpreisen.

311. Eine zentrale Hürde für den Markteintritt ist die mangelnde Transparenz bezüglich der verfügbaren Netzkapazitäten und das Fehlen einer langfristigen Sicherheit des Zugangs, da die profitabelsten Strecken und Stationen stark frequentiert sind. Solange jedoch die Trassenverfügbarkeit nicht langfristig garantiert werden kann, stellt die notwendige Finanzierung ein erhebliches Problem für den Marktzutritt dar, weil ein deutlicher Risikozuschlag eingerechnet werden muss und eine geeignete Finanzierung daher sehr schwierig ist. Das bestehende Instrument der Rahmenverträge weist, wie in Abschnitt 2.2.2.2 dargelegt, einige konzeptionelle Schwächen auf und kann daher keine ausreichende Sicherung von Trassenkapazitäten gewährleisten. Der Eintritt der Locomore Rail in den Markt für SPFV-Leistungen zeigt diese Problematik beispielhaft.

Als potenzieller Marktakteur plante Locomore Rail ursprünglich, Fernverkehre in einem größeren Umfang auf wichtigen Verbindungen des deutschen SPFV-Netzes anzubieten. Das Unternehmen plante ein Netz aus den Relationen Hamburg–Hannover–Frankfurt–Stuttgart und Berlin–Hannover–Köln–Frankfurt, wobei in Hannover, dem Schnittpunkt des Verbindungskreuzes, und in Frankfurt Umsteigemöglichkeiten bestehen sollten. Als Fahrzeuge sollten neue Siemens-Züge vergleichbar dem Railjet der ÖBB eingesetzt werden, die mit einem Produktionsvorlauf von zwei Jahren hätten gebaut werden können. Um diesen Plan finanzieren zu können, war die Absicherung der notwendigen Trassenkapazitäten über Rahmenverträge nötig. Locomore Rail war es weder möglich, einen Rahmenvertrag für die damals laufende Rahmenvertragsperiode bis 2010 zu erhalten, da die Vergabe freier Trassen im Nachrückverfahren nicht möglich ist, noch vor Beginn des festgelegten Vorlaufs für die Rahmenvertragsperiode ab 2010 eine Absicherung der Trassen zu bekommen. Deshalb beantragte das Unternehmen einen Rahmenvertrag mit zeitversetzter Betriebsaufnahme. Die Bundesnetzagentur unterstützte diesen Antrag und ord-

[282] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 3.1.4.

[283] Aus den Determinanten der Entscheidung für ein Verkehrsmittel lassen sich die individuellen komparativen Vorteile der Eisenbahn gegenüber konkurrierenden Verkehrsträgern ableiten. Gegenüber dem motorisierten Individualverkehr hat die Bahn Vorteile in Bezug auf Komfort, die Möglichkeit, die Reisezeit für Tätigkeiten wie Arbeit zu nutzen, und tendenziell auch bezüglich der Kosten, wohingegen Nachteile in der Individualität und Flexibilität sowie der Reisezeit insbesondere auf kurzen Strecken bestehen. Gegenüber dem Luftverkehr bestehen die Unterschiede in der höheren Bedienfrequenz, den zentraleren Zusteigemöglichkeiten, dem geringeren Zeitaufwand in der Abwicklung der Reise bei einer langsameren Reisegeschwindigkeit.

nete gegenüber der DB Netz AG an, Rahmenvertragsanträge mit zeitversetzter Betriebsaufnahme anzunehmen. Die DB Netz AG verweigerte dies und bekam vor Gericht Recht.[284] Aufgrund dessen beantragte Locomore Rail schließlich fristgerecht einen regulären Rahmenvertrag, musste das Angebot dazu allerdings ausschlagen, da sich die Finanzierung des Betriebs nicht sichern ließ. Auch wäre aufgrund der kurzen Vorlaufzeit die Produktion des Rollmaterials wahrscheinlich nicht oder nur zum Teil möglich gewesen. Aufgrund der sich abzeichnenden Schwierigkeiten des umfangreichen Fernverkehrsangebots mit zwei Linien entwickelte Locomore Rail mit dem HKX eine Planung für einen Markteinstieg mit verringertem Angebot. Allerdings kam es auch dabei zu Problemen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Rahmenverträgen, da zeitgleich die französische SNCF über ihr Tochterunternehmen Keolis plante, in Deutschland Schienenpersonenfernverkehr anzubieten. Keolis beantragte zeitgleich mit Locomore Rail Rahmenverträge. Keolis plante drei Relationen in Deutschland mit jeweils einem Endpunkt der Linien in Frankreich, darunter die Verbindung Straßburg–Frankfurt–Köln–Hamburg. Vier der sechs von Locomore Rail gewünschten Trassen standen im Konflikt zu den Anträgen von Keolis. Da es sich bei den von Keolis beantragten Trassen um internationale Verkehre handelte, hatten diese absoluten Vorrang, sodass Locomore Rail die für 2010 geplante Betriebsaufnahme verschob. Dieser Konflikt löste sich am Ende, da Keolis die angebotenen Rahmenverträge nicht annahm. Dennoch verweigerte die DB Netz AG der Locomore Rail, die frei gewordenen Trassen im Nachrückverfahren zu erhalten. Erst nach Einschreiten der Bundesnetzagentur konnte Locomore Rail schließlich Mitte 2010, drei Jahre nach dem ersten Anlauf, den ersten Rahmenvertrag mit der DB Netz AG abschließen.

Dieses Beispiel verdeutlicht, dass es für einen neuen Marktakteur essenziell ist, langfristige Sicherheit dafür zu erhalten, den geplanten Verkehr, der Basis seines Geschäftsmodells ist, anbieten zu können. Spezifische Investitionen müssen deshalb dadurch abgesichert sein, dass ein Anbieter sich der langfristigen Verfügbarkeit von Netztrassen sicher sein kann.

312. Da kein Gebrauchtwagenmarkt für geeignetes Rollmaterial im Schienenpersonenfernverkehr existiert, sondern nur einzelne Kaufgelegenheiten, besteht das Problem, dass eine solche Gelegenheit zeitgleich mit einer geeigneten Finanzierung vorliegen muss, für welche wiederum langfristig gesicherte Trassenkapazitäten vorzuweisen sind. Die Kombination aus grundlegenden Mängeln der Trassenbelegung, dem Fehlen eines Gebrauchtwagenmarktes und Finanzierungsschwierigkeiten machen den Eintritt in den Markt für Schienenpersonenfernverkehr äußerst schwierig. Die Verbesserung zumindest einer dieser Problematiken würde einen Markteintritt bereits erheblich erleichtern.

313. Im Ergebnis bestehen im Schienenpersonenfernverkehr erhebliche Unsicherheiten bezüglich der Zugangsbedingungen zur notwendigen Eisenbahninfrastruktur, der Beschaffung des notwendigen Kapitals und Materials sowie des im Falle eines Markteintritts zu erzielenden Umsatzes. Diese Unsicherheiten sind kaum kalkulierbar und stellen somit erhebliche Markteintrittshürden dar.

4.2 Mögliche Markteintrittsstrategien vor dem Hintergrund des Markteintritts des Hamburg-Köln-Expresses und bestehender Kooperationen europäischer Staatsbahnen

314. Trotz der bestehenden Markteintrittshürden lassen die positiven Geschäftsergebnisse der DB Fernverkehr AG darauf schließen, dass ein Markteintritt in den Schienenpersonenfernverkehr prinzipiell profitabel möglich sein kann.[285] Die Gewinne der DB Fernverkehr AG lassen vermuten, dass innerhalb des Fernverkehrsnetzes einige besonders profitable Verbindungen existieren. Ein neuer Anbieter könnte diese zum Markteintritt nutzen. Aus Gründen der beschränkten Trassenkapazitäten, des mit der Investition einhergehenden Risikos und des noch aufzubauenden Know-hows muss sich ein neuer Marktakteur zunächst auf eine relativ geringe Anzahl von Verbindungen konzentrieren. Für den Eintritt in den SPFV-Markt sind unterschiedliche Strategien denkbar.

315. Dimensionen, nach denen Markteintritte in den Schienenpersonenfernverkehr abgegrenzt werden, berücksichtigen in der Regel den Unternehmenstyp, die Nutzung von Synergien, das angesprochene Kundensegment, das Geschwindigkeitsspektrum, die angestrebte Netzkonfiguration und die räumliche Orientierung des Verkehrsangebots. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Sondergutachten zum Eisenbahnmarkt eine Typologie potenzieller Markteintrittsstrategien entwickelt.[286] Die Analyse unterscheidet dabei einerseits zwischen einer Ausdehnungs- und einer Neueintrittsstrategie und andererseits zwischen Hochgeschwindigkeitsverkehr zwischen Ballungszentren und konventionellem Geschwindigkeitsverkehr.[287]

4.2.1 Der Neueintritt des Hamburg-Köln-Expresses im konventionellen Geschwindigkeitsverkehr

316. Gegenüber dem ICE-Angebot der Deutschen Bahn AG weisen SPFV-Leistungen des konventionellen Geschwindigkeitssegments mit Reisegeschwindigkeiten von unter 200 km/h üblicherweise einen erheblichen Qualitätsnachteil auf, da die Reisezeit wesentlich länger sein

[284] Vgl. zu den Möglichkeiten, Rahmenverträge abzuschließen, Tz. 195 ff.

[285] Vgl. DB Fernverkehr AG, Geschäftsbericht 2010, http://www.deutschebahn.com/contentblob/1734798/2010+GB+DB+Fernverkehr/data.pdf

[286] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 3.2.

[287] Zum Hochgeschwindigkeitsverkehr werden dabei solche Schienenpersonenfernverkehre gezählt, die eine qualitativ hochwertige Wagenausstattung und einen mindestens zweistündigen Taktverkehr bei Geschwindigkeiten von mindestens 200 km/h aufweisen. Verbindungen bei Reisegeschwindigkeiten unter 200 km/h werden dem konventionellen Geschwindigkeitssegment zugerechnet. Die Abgrenzung wurde auf Grundlage der Angaben von Marktteilnehmern getroffen.

kann. Dies wirkt sich insbesondere auf Relationen zwischen Metropolen aus, auf denen durch Zwischenhalte kaum Nachfrage gewonnen werden kann. Um diesen Nachteil zu kompensieren, können entweder Verbindungen bedient werden, auf denen bisher kein deutlich schnellerer ICE verkehrt, die Trassenausstattung keine deutlich höheren Geschwindigkeiten erlaubt oder auf denen aufgrund von zahlreichen profitablen Zwischenstopps kaum Reisezeitvorteile des Hochgeschwindigkeitsverkehrs realisiert werden können. Durch eine Niedrigpreisstrategie können bestehende Kostenvorteile genutzt werden, ohne dass erhebliche Qualitätsunterschiede deutlich werden. Neueintritte ermöglichen durch die zusätzliche Flexibilität bei der Wahl des Rollmaterials einen stärkeren Einfluss auf diese Qualitätsaspekte. Außerdem können die neu aufzubauenden Strukturen kostenminimal für das zu etablierende Angebot geschaffen werden.

317. Mit dem HKX verfolgt Locomore Rail diese Strategie des Markteintritts. Die HKX-Züge sind auf eine Höchstgeschwindigkeit von lediglich 160 km/h ausgelegt. Die Beschaffung und der Unterhalt solcher Züge sind etwas günstiger als für Züge mit höheren Reisegeschwindigkeiten. Der HKX wird auf einer Relation zwischen Metropolen in direkter Konkurrenz zur DB Fernverkehr AG fahren. Allerdings verkehrt auf der direkten Verbindung nur ein geringfügig schnellerer Intercity. Zudem führen die zahlreichen Zwischenhalte in Großstädten, die der HKX nicht alle bedienen wird, dazu, dass sich der Geschwindigkeitsvorteil des Intercity der DB Fernverkehr AG kaum auf die Reisezeit auswirkt. Während der HKX einen geringfügigen Qualitätsnachteil bezüglich des Reisezeitaufwands aufweist, soll er sich im Hinblick auf den Reisekomfort beispielsweise durch eine großzügige Bestuhlung gegenüber dem IC hervorheben. Dabei werden bestehende Kostenvorteile genutzt, um die Verkehrsleistung zu einem deutlich günstigeren Preis anzubieten. Damit setzt der HKX auf die Vorteile des Markteintritts im konventionellen Geschwindigkeitssegment und vermeidet die Nachteile im Wettbewerb mit der DB Fernverkehr AG insbesondere durch die Relationsauswahl weitgehend.

318. Bereits in ihrem letzten Gutachten hatte die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass die Unsicherheit über den Netzzugang und die dortige Preisentwicklung im Bereich des konventionellen Fernverkehrs ein besonderes Problem darstellt, da die Kosten für Trassen und Stationsnutzung bei solchen Angeboten etwa 30 Prozent der relevanten Kosten ausmachen.[288] So ist der weite Reaktionsspielraum der Deutschen Bahn AG besonders zu berücksichtigen. Die Monopolkommission hatte dementsprechend zu bedenken gegeben, dass die Entwicklung dieser Kosten beispielsweise durch eine Überarbeitung des Preissystems allein von der Deutschen Bahn AG beeinflusst werden kann. Im Falle des HKX modifizierte die DB Station & Service AG ihre Stationspreise,[289] nachdem das SPFV-Angebot konkret geplant war, sodass sich aufgrund des neuen Zuglängenfaktors für den HKX eine Preiserhöhung für die Stationshalte von 135 Prozent ergab. Die Bundesnetzagentur hat die DB Station & Service AG aus diesem Grund aufgefordert, bis zum 30. Juni 2011 das Berechnungsverfahren zur Preisbildungsmethodik des Zuglängenfaktors darzulegen.

319. Der Erfolg des HKX wird nach Einschätzung der Monopolkommission einen entscheidenden Einfluss darauf haben, ob mittelfristig weitere neue Marktakteure die Risiken eines Markteintritts im konventionellen Schienenpersonenfernverkehr in Kauf nehmen werden. Durch die Erfahrungen der Locomore Rail sind diese Risiken bereits ein wenig kalkulierbarer geworden. Sollte sich zeigen, dass im Falle eines erfolgreichen Markteintritts im Wettbewerb mit der Deutschen Bahn AG ausreichende Renditen erwirtschaftet werden können, könnte der Markteintritt für weitere potenzielle Marktakteure attraktiv werden.

4.2.2 Ausdehnungsstrategie im konventionellen Geschwindigkeitsverkehr

320. Relationsspezifische Angebote sind vor allem von Eisenbahnverkehrsunternehmen zu erwarten, die bereits im Schienenpersonennahverkehr aktiv sind. Wie bereits vereinzelt geschehen, können diese Unternehmen ihre bestehenden Relationen entsprechend verlängern oder ihr Angebot ergänzen. So können Synergieeffekte genutzt werden und Investitionskosten sind geringer als für einen neuen Akteur. Allerdings sind diesen Angeboten durch den eingeschränkten Reisekomfort des Rollmaterials im Schienenpersonennahverkehr und die in der Regel deutlich längere Reisezeit Grenzen gesetzt. Falls von SPNV-Gesellschaften aus diesen Gründen spezifisches Rollmaterial eingesetzt wird, gehen Synergien verloren und die Charakteristika des neuen Angebots nähern sich dem eines Neueintritts.

321. Aufgrund der vielen anstehenden Vergaben im Schienenpersonennahverkehr werden im Nahverkehr etablierte Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Ressourcen eher auf den – trotz der in Kapitel 3 geschilderten Problematiken – attraktiveren Schienenpersonennahverkehr konzentrieren. Insbesondere ist es nötig, die zur Verfügung stehenden Finanzkapazitäten in den kommenden Vergaben einzusetzen, um dort erfolgreich sein zu können. Somit sind Ausdehnungen im konventionellen Fernverkehr mittelfristig weniger zu erwarten.

4.2.3 Ausdehnungsstrategie im Hochgeschwindigkeitsverkehr angesichts der bestehenden Kooperationen europäischer Staatsbahnen

322. Eine Ausdehnungsstrategie im Hochgeschwindigkeitsverkehr kann vor allem von europäischen Staatsbahnen verfolgt werden. Diese verfügen bereits über das notwendige rollende Material für einen potenziellen Markteintritt in den deutschen Hochgeschwindigkeitsverkehr zwischen Metropolen bzw. Ballungsräumen. Insbesondere kann ein Markteintritt von solchen Fernverkehrsunternehmen erwartet werden, die bereits internationale

[288] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 118.
[289] Vgl. Tz. 71 ff.

Verbindungen von und nach Deutschland anbieten und durch eine Ausweitung dieses Angebots mit dem vorhandenen Rollmaterial Synergien heben könnten. So plante die SNCF kurzzeitig, mit ihrem deutschen Tochterunternehmen Keolis in Deutschland Fernverkehrsleistungen anzubieten. Allerdings sollte Fernverkehr nicht mit dem TGV, sondern mit etwas langsameren Intercity-Zügen angeboten werden. Die Planungen wurden nach SNCF-Angaben aufgrund mangelnder Aussicht auf Profitabilität allerdings relativ schnell wieder aufgegeben.

323. Ein aktiver Wettbewerb erscheint in diesem Segment in nächster Zeit auch deshalb unwahrscheinlich, weil die wichtigsten Anbieter sich in den letzten Jahren durch ein Netz von internationalen Kooperationen aneinander gebunden haben. Ein aggressiver Markteintritt ausländischer Staatsbahnen in den nationalen Verkehr gefährdet die bestehenden Kooperationen und senkt damit die Ertragspotenziale des Markteintritts. Dadurch ist es weniger wahrscheinlich, dass Staatsbahnen versuchen werden, in direkte Konkurrenz zueinander zu treten. Daher sind eher eine Aufteilung der Marktgebiete und kein baldiger Wettbewerb der Staatsbahnen zu erwarten.[290] Dennoch ist eine Ausdehnungsstrategie europäischer Staatsbahnen grundsätzlich nicht auszuschließen.

324. Die bestehenden offiziellen und durch die Wettbewerbsbehörden genehmigten Kooperationen europäischer Staatsbahnen vermindern in starkem Maße die Möglichkeit des Wettbewerbs dieser Bahnen untereinander. So sah das Bundeskartellamt zum Zeitpunkt der betreffenden eigenen Entscheidungen die beteiligten Unternehmen aufgrund der faktisch und rechtlich begrenzten Möglichkeiten für wirksamen Wettbewerb im grenzüberschreitenden Schienenpersonenfernverkehr nicht als potenzielle Wettbewerber beim Angebot grenzüberschreitender Hochgeschwindigkeits-Bahnverbindungen an. Ob eine andere Einschätzung nach einer weitergehenden Liberalisierung des Schienenpersonenfernverkehrs im Jahr 2010 angebracht sein würde, ließ das Bundeskartellamt offen und behielt sich teilweise auch in den Freigabeschreiben eine Überprüfung der kartellrechtlichen Einschätzung der Kooperation im Lichte der weiteren Liberalisierung des europäischen Eisenbahnverkehrs vor. Das Bundeskartellamt sieht nach eigenen Angaben, dass derartige Kooperationen dazu führen, dass auf den von der Kooperation betroffenen Strecken die Verkehrsleistungen nicht im Wettbewerb erbracht werden. Ferner ist es aus Sicht des Amtes nicht auszuschließen, dass bestehende Kooperationen zudem zur Folge haben, dass bei anderen Strecken auf eine wettbewerbliche Leistungserbringung verzichtet wird. Dennoch hat das Bundeskartellamt bisher nicht über eine Prüfung der verschiedenen Kooperationen im grenzüberschreitenden Schienenpersonenfernverkehr unter dem Gesichtspunkt von § 1 GWB, Artikel 101 AEUV entschieden.

325. In Anbetracht der europäischen Liberalisierung von Personenverkehrsdiensten auf grenzüberschreitenden Verbindungen seit dem 1. Januar 2010 fordert die Monopolkommission eine aktive Nachprüfung der genehmigten Kooperationen durch das Bundeskartellamt in Abstimmung mit der Europäischen Kommission. Schon bislang hätten solche Kooperationen der Deutschen Bahn AG mit Bahnen von Nachbarländern, in denen die Märkte wie in Deutschland bereits weitgehend liberalisiert wurden, überprüft werden sollen. Es bestand insofern kein Grund, die europaweite Liberalisierung des grenzüberschreitenden Verkehrs abzuwarten. Beispielsweise hätte das Bundeskartellamt bereits früher die TEE Rail Alliance zwischen der Deutschen Bahn AG, der ÖBB und der SBB unter dem Gesichtspunkt von § 1 GWB, Artikel 101 AEUV überprüfen können. Auch hätten nach Auffassung der Monopolkommission bereits früher die Auswirkungen der Kooperationen auf die Wettbewerbsintensität auf anderen als den direkt betroffenen Relationen stärker berücksichtigt werden müssen.

4.2.4 Neueintrittsstrategie im Hochgeschwindigkeitsverkehr

326. Ein grundsätzliches Hindernis für den Eintritt in den Hochgeschwindigkeitsverkehr in Deutschland sind die begrenzten Möglichkeiten, Reisegeschwindigkeiten von über 230 km/h zu erzielen. Aus diesem Grund wird ein neuer Akteur im Schienenpersonenfernverkehr wahrscheinlich konventionelles Rollmaterial nutzen, das lediglich Geschwindigkeiten von bis zu 230 km/h erreicht. Zwischen konventionellem Material und Zügen wie dem ICE oder dem TGV bestehen erhebliche Kostenunterschiede. Der Reisezeitgewinn ist dagegen sehr begrenzt. Neue Akteure im Schienenpersonenfernverkehr können sowohl Eisenbahnverkehrsunternehmen sein, die bereits im Schienenpersonennahverkehr aktiv sind, als auch neu gegründete Unternehmen. Der ursprüngliche Plan der Locomore Rail[291] zeigt, dass ein Neueintritt im Hochgeschwindigkeitsverkehr mit höheren Finanzierungsanforderungen als im konventionellen Fernverkehr unter den bestehenden Rahmenbedingungen und damit einhergehenden Unsicherheiten des Geschäftsmodells kaum möglich ist.

4.3 Ausblick: Bedarf wirtschaftspolitischer Eingriffe zur Entwicklung eines effizienten Wettbewerbs

327. Im Ergebnis stellen sich als Haupthindernis für einen neuen Akteur im Schienenpersonenfernverkehr die Unsicherheit des Geschäfts und die damit einhergehende Sicherstellung der Finanzierung des Angebots dar. Ein wesentlicher Teil der Risiken eines Eintritts in den SPFV-Markt hat dabei keinerlei Bezug zu den eigentlichen Marktrisiken. Insbesondere die begrenzte Transparenz und die mangelnde Sicherheit über freie Netzkapazitäten stellen ein Hindernis für den Eintritt in den SPFV-Markt

[290] Dementsprechend wurden die Markteintrittsplanungen der SNCF teilweise nicht als ernstzunehmende Ausdehnungsstrategie, sondern vielmehr als Drohung der SNCF an die Deutsche Bahn AG interpretiert, sich im französischen Markt auch mit Forderungen nach dessen Öffnung zurückzuhalten.

[291] Vgl. Tz. 311.

dar. Einem neuen Akteur muss der langfristige Zugriff auf die Trassen über Rahmenverträge möglich sein.

328. Trotz des bevorstehenden Markteintritts eines privaten neuen Akteurs im Schienenpersonenfernverkehr sieht die Monopolkommission in diesem Schienenverkehrsmarkt schlechtere Bedingungen für den Marktzutritt neuer Anbieter gegeben als in den anderen Verkehrsmärkten. Naturgemäß fanden Marktzutritte zuerst dort statt, wo die Bedingungen dies am leichtesten zuließen. Daraus erklären sich fehlende Wettbewerbsimpulse im Schienenpersonenfernverkehr gegenüber den anderen Marktsegmenten, in denen Neulinge bessere und kalkulierbarere Voraussetzungen vorfanden. Mittlerweile haben sich die Bedingungen für Marktzutritte im Schienenpersonenfernverkehr jedoch geringfügig verbessert.[292] Der Markteintritt von Locomore Rail zeigt, dass einerseits noch wesentliche Wettbewerbshindernisse bestehen, andererseits der Eintritt eines neuen Marktakteurs nicht gänzlich unmöglich ist.

Der Fall Locomore Rail zeigt auch, warum es nach Ansicht der Monopolkommission kurzfristig nicht oder nur bedingt zu einer lebhaften Wettbewerbsentwicklung kommen wird. Die Probleme der Finanzierung und Beschaffung der Fahrzeuge, wozu zeitgleich gesicherte Trassenkapazitäten und eine Gelegenheit zum Kauf gebrauchten Rollmaterials vorliegen müssen, stellt sich als äußerst problematisch dar. Der Erfolg des HKX wird einen entscheidenden Einfluss darauf haben, ob mittelfristig weitere neue Marktakteure die Risiken eines Markteintritts, die durch die Erfahrungen der Locomore Rail etwas kalkulierbarer geworden sind, in Kauf nehmen werden.

329. Da europäische Staatsbahnen im Rahmen einer Ausdehnungsstrategie diesen Schwierigkeiten kaum ausgesetzt sind, wäre deren Markteintritt in Zukunft am wahrscheinlichsten. Jedoch besteht die Gefahr, dass durch implizite Gebietskoordinationen im Rahmen der bestehenden Kooperationen mit der Deutschen Bahn AG der Wettbewerb verhindert wird. Das Bundeskartellamt muss hier in Abstimmung mit der Europäischen Kommission Nachprüfungen der genehmigten Kooperationen durchführen.

330. Auch das Reaktionspotenzial der Deutschen Bahn AG sowohl als Fernverkehrsanbieter als auch als Infrastrukturbetreiber erhöht das Risiko und senkt die Ertragsaussichten eines Markteintritts. Von der DB Fernverkehr AG ist grundsätzlich zu erwarten, dass sie den Markteintritt eines Wettbewerbers zu vermeiden sucht. Eine Möglichkeit der Eintrittsabschreckung liegt in einer Überinvestitionsstrategie, bei der die DB Fernverkehr AG ein Überangebot im Extremfall bis an den Rand der eigenen Profitabilität offeriert, um dadurch Marktnischen für mögliche Markteintritte zu schließen. Im Falle eines Markteintritts auf einzelnen Verbindungen kann die Deutsche Bahn AG, je nach Flexibilität in den Preismöglichkeiten und Erwartungen einer solchen Strategie, einen Verdrängungswettbewerb durch Senken der Preise gestalten. Wenn die Deutsche Bahn AG aufgrund der abgestimmten Preise interagierender Marktsegmente und Relationen nicht flexibel genug ist, die regulären Preise auf einzelnen Relationen drastisch zu senken, ist zu erwarten, dass sie einen Preiskampf durch spezielle Sparangebote aufnimmt. Marktakteure haben vielfach die Befürchtung geäußert, dass ein Markteintritt im Schienenpersonenfernverkehr durch die Deutsche Bahn AG mit einer Verdrängungsstrategie beantwortet werden könnte. Diese Reaktionsmöglichkeiten müssen von den potenziellen Konkurrenten berücksichtigt werden. Aus wettbewerbspolitischer Sicht besteht hier die Gefahr missbräuchlicher Verdrängungsangebote. Missbräuchliches Verhalten beispielsweise in Form von Kampfpreisen wird prinzipiell vom Bundeskartellamt durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts kontrolliert. Allerdings existieren im Rahmen der Missbrauchsaufsicht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine Entscheidungsfristen und die Prüfung des Amtes kann in Missbrauchsverfahren dementsprechend verhältnismäßig lange dauern. Da ein neuer Marktakteur im Schienenpersonenfernverkehr über begrenzte Kapitalreserven verfügen wird, könnte er zum Zeitpunkt der Verfügung des Bundeskartellamtes bereits aus dem Markt gedrängt worden sein. Aus diesen Gründen ist es erforderlich, dass das Bundeskartellamt solche Verfahren in kurzer Zeit abschließt. In diesem Zusammenhang ist auf die Fristen von zwei bzw. vier Monaten hinzuweisen, die in § 31 Absatz 3 EnWG und § 42 Absatz 4 TKG für die spezielle Missbrauchsaufsicht in anderen regulierten Sektoren vorgesehen ist. Den Möglichkeiten einer missbräuchlichen Preissetzung durch die Deutsche Bahn AG gegenüber ihren Wettbewerbern steht die effektive Entscheidungsbefugnis des Bundeskartellamtes und der Zivilgerichte in Anwendung der §§ 19 f. GWB entgegen. Zwar steht bislang eine solche Entscheidung im Bahnsektor aus; die Monopolkommission verkennt auch die Hindernisse für die Wettbewerber nicht, eine solche Entscheidung zu erwirken. Die Erfahrung lehrt jedoch, dass die erste Entscheidung in solchen Fällen „Leuchtturmwirkung“ hat und die Marktpraktiken nachhaltig beeinflussen kann.[293] Die Monopolkommission vertraut insofern auf die Wirkung der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt und fordert Wettbewerber, die sich durch einen möglichen Preiskampf im Bahnsektor rechtswidrig behindert fühlen, auf, diese Praktiken unverzüglich anzuzeigen. Sollte der Gesetzgeber dennoch eine spezielle Missbrauchsaufsicht nach Vorbild der anderen Regulierungsbereiche (§§ 42, 43 TKG; § 32 PostG; §§ 30, 31 EnWG) einführen wollen, sollte dies nur zeitlich begrenzt geschehen. Wenn sich in allen Teilmärkten der Eisenbahn Wettbewerb entwickelt hat, ist die Missbrauchsaufsicht im Eisenbahnsektor durch das Bundeskartellamt durchzuführen.

331. Ebenso kritisch einzuschätzen wie die Reaktionspotenziale der Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG sind solche über ihre Infrastrukturgesell-

---

[292] Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O. Kapitel 3.

[293] Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 132 f.

schaften. Durch eine Modifizierung der Zugangsentgelte und -bedingungen kann ein Wettbewerber erheblich behindert werden. Die damit einhergehenden Risiken der Diskriminierung wurden in Kapitel 2 bereits ausführlich dargestellt. Wettbewerber müssen diese bestehenden Diskriminierungsrisiken als höhere Kosten einpreisen. Im Gegensatz zu den Kostenvorteilen der Deutschen Bahn AG aufgrund bestehender Synergien sind Kostenvorteile durch Diskriminierung üblicherweise mit Wohlfahrtsverlusten verbunden.

332. Ob in den nächsten Jahren vermehrt Wettbewerber in den Markt des Schienenpersonenfernverkehrs eintreten werden, hängt neben dem Erfolg des HKX entscheidend davon ab, dass sich die institutionellen Rahmenbedingungen verbessern. Die Monopolkommission hat dazu in Kapitel 2 entscheidenden Handlungsbedarf aufgezeigt. Es ist dabei unbedingt erforderlich, die Wirksamkeit des rahmenvertraglichen Instrumentariums zu verbessern, indem längere Vorlaufzeiten vorgesehen werden und der Abschluss von Rahmenverträgen von festen Perioden abgekoppelt wird. Die bei den Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG bestehende Unsicherheit über die Verfügbarkeit von Trassen sollte darüber hinaus durch eine höhere Transparenz über die bestehenden Belegungspläne behoben werden. In den Abschnitten 2.2.2.1 und 2.2.2.2 wurde beschrieben, wie sich die Trassenunsicherheit potenzieller Anbieter im Schienenpersonenfernverkehr erheblich senken ließe. Die nachhaltige Lösung dieser Probleme und damit die Gewährleistung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs ist jedoch, wie in Abschnitt 1.2 dargelegt, nur durch eine Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte der Deutschen Bahn AG zu erreichen.

333. Wenn die in diesem Abschnitt dargestellten Probleme angegangen werden, sieht die Monopolkommission langfristig gute Aussichten, dass sich auch im Schienenpersonenfernverkehr ein effizienter Wettbewerb entwickelt. Allerdings ist einschränkend festzustellen, dass einzelne für den Wettbewerb relevante Probleme nur bedingt eingeschätzt werden können. Dazu gehören die Auswirkungen von Netzwerk-Skaleneffekten oder die Dominanz eines großen Anbieters in den Märkten für Vertrieb und rollendes Material. Nur wenn sich wider Erwarten langfristig zeigen sollte, dass die Chancen für Markteintritte im Schienenpersonenfernverkehr nicht gegeben sind, sollten nach Auffassung der Monopolkommission restriktivere Wettbewerbsordnungen – beispielsweise in Analogie zum Schienenpersonennahverkehr – in Betracht gezogen werden.[294] In diese Richtung tendieren auch integrierte Taktsysteme, wie sie derzeit beispielsweise unter dem Namen „Deutschland Takt“ diskutiert werden. Eine Anwendung im Fernverkehr würde das auf Angebotsfreiheit basierte aktuelle Wettbewerbsmodell infrage stellen. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die bestehende Wettbewerbsordnung im Schienenpersonenfernverkehr nicht leichtfertig durch ein System zu ersetzen, in dem deutlich weniger Parameter durch den Wettbewerb kontrolliert werden.

[294] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 136.

4.4 Intermodaler Wettbewerb: Perspektiven des Buslinienfernverkehrs

334. Außerhalb Deutschlands wird das allgemeine Verkehrsnetz üblicherweise durch ein Netz von Fernbusverbindungen ergänzt, die teilweise in Konkurrenz zu Eisenbahnlinien stehen. In Deutschland ist die Eisenbahn jedoch durch die Reglementierung des Busverkehrs durch das bestehende Personenbeförderungsgesetz (PBefG)[295] weitgehend vor dieser Konkurrenz geschützt. Gemäß § 2 Absatz 1 PBefG bedarf der Fernbusverkehr einer Genehmigung durch staatliche Behörden, die nach § 13 Absatz 2 Nummer 2 PBefG dann zu versagen ist, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden. Hierzu führt das Gesetz in § 13 Absatz 2 Nummer 2 lit. b explizit die Konkurrenz zur Eisenbahn auf, gegenüber welcher der beantragte Verkehr zu einer „wesentlichen Verbesserung der Verkehrsbedienung“ führen muss. Aus § 13 Absatz 2 Nummer 2 PBefG folgt ein sog. Doppel- oder Parallelbedienungsverbot auf einer bestimmten Strecke. Dieses wird mit der sonst drohenden Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs bei einer Doppelbedienung von Linien begründet, welche die im öffentlichen Interesse liegende Verkehrsbedienung nachteilig beeinträchtigen würde.[296] Aus diesem Verbot folgt ein Bestandsschutz des Altunternehmers mit einem Abwehrrecht nach § 13 Absatz 2 Nummer 2 lit. c PBefG gegen die Erteilung einer Genehmigung an einen Konkurrenten, was faktisch zu einem räumlich und zeitlich begrenzten Monopol führt.[297] Aufgrund dieser seit 1934 bestehenden Regelungen existiert in Deutschland bisher kein flächendeckendes Fernbuslinienetz und somit zum Schutz der Bahn kein intermodaler Wettbewerb im Personenfernverkehr.

335. Intermodaler Wettbewerb zwischen systemisch unterschiedlichen Verkehrsträgern optimiert den Verkehrsmix einer Volkswirtschaft. Kann ein Verkehrsträger eine bestimmte Verbindung besser bedienen als die Eisenbahn, dann ist es volkswirtschaftlich effizient, wenn diese Verbindung durch den Anbieter mit dem besten Angebot bedient wird. Insbesondere bedingt durch heterogene Verbraucherpräferenzen kann fallweise auch das Angebot mehrerer parallel verkehrender Systeme effizient sein. Bereits getätigte irreversible Investitionen in die Eisenbahninfrastruktur sind in diesem Fall für das effiziente Entscheidungsverhalten ökonomisch nicht relevant. Fernbusse haben gegenüber der Bahn auf vielen Verbindungen einen Kostenvorteil,[298] sind international interoperabel

[295] Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990, BGBl. I S. 1690; zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 5. April 2011, BGBl. I S. 554.

[296] Vgl. Bauer, M., Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, Köln 2010, § 13 Rn. 30.

[297] Vgl. Heinze, C., Personenbeförderungsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2007, § 13 Anm. 11.

[298] In einem Kostenvergleich der Verkehrsträger im Fernverkehr kommen Becker, M. u. a., InterCity-Busverkehr in Europa, Transport Economics and Other Infrastructure Working Papers WP-TR-14, September 2008, zu dem Ergebnis, dass Fernbusse bei gleicher Auslastung wie bei der DB Fernverkehr AG (44 Prozent) Kosten im Bereich von 7,4 bis 9,1 ct/Personenkilometer aufweisen, während die Kosten der DB Fernverkehr AG etwa 9,95 ct/Personenkilometer betragen. Bei einer Auslastung der Busse von 60 Prozent fallen die Kosten sogar auf 5,4 bis 6,7 ct/Personenkilometer.

und verfügen systembedingt über eine größere Flexibilität. Die Eisenbahn weist ihrerseits gegenüber Fernbussen Komfort- und Geschwindigkeitsvorteile auf. Die bereits heute existierenden Busverkehre im In- und Ausland zeigen, wie sich Fernbusse und Schienenpersonenfernverkehr ergänzen können. Durch eine Analyse der Interdependenzen zwischen Schienenpersonenfernverkehr und anderen Verkehrsträgern, d. h. der Substitutionskonkurrenz im Personenfernverkehr, kann die Wettbewerbssituation aus intermodaler und intramodaler Perspektive dargestellt werden.[299] Eng mit der Diskussion um die Liberalisierung des Fernbusmarktes verbunden ist die Frage, ob die Kosten der Fernbusse diesen verursachungsgerecht oder zumindest verursachungsgerechter angelastet werden als dem Schienenverkehr. Dazu wurden mehrere umfangreiche Analysen durchgeführt.[300] Aus diesen ergibt sich eine Tendenz dahingehend, dass die (externen) Kosten des Fernbusverkehrs diesem zumindest nicht weniger verursachungsgerecht angelastet werden als dem Schienenverkehr die mit ihm verbundenen Kosten.

Busverkehre scheinen in der Lage zu sein, einen Wettbewerbsdruck auf das Angebot im Schienenpersonenfernverkehr auszuüben und es in Einzelfällen nutzenstiftend zu ersetzen. Intramodaler Wettbewerb kann dadurch allerdings nicht substituiert werden, da die Differenzen der Angebote zu groß sind. So erwartet das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung durch die Einführung eines flächendeckenden Busfernliniennetzes im Schienenpersonenverkehr maximale Nachfragerückgänge von 7 bis 14 Prozent je nach Relation.[301]

336. Die Monopolkommission hat in ihren vergangenen Eisenbahn-Sondergutachten auf die bestehende staatliche Marktzutrittsschranke hingewiesen und dem Gesetzgeber nahegelegt, hier eine Deregulierung anzustreben.[302] In ihrem Koalitionsvertrag kündigte die Bundesregierung 2009 an, Busfernlinienverkehr zuzulassen und dementsprechend § 13 PBefG zu ändern.[303] Nach Vorlage eines Referentenentwurfs (Ref-E) durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Anfang 2011 folgte Anfang August 2011 der Regierungsentwurf (Reg-E).

337. Zuvor hatte bereits das Bundesverwaltungsgericht am 24. Juni 2010 einen Präzedenzfall für eine teilweise Liberalisierung des Fernbuslinienverkehrs geschaffen, indem es einen seit 2005 dauernden Rechtsstreit beendete.[304] Das Gericht sieht die in § 13 Absatz 2 Nummer 2 lit. b PBefG geforderte wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung bereits in einem erheblich günstigeren Fahrpreis einer Fernbuslinie. Mit diesem Urteil ist es für Fernbusunternehmen leichter geworden, eine Busverbindung im Wettbewerb zum Schienenpersonenfernverkehr aufzubauen. Allerdings besteht nach § 13 Absatz 2 Nummer 2 lit. c PBefG weiterhin ein Abwehrrecht der Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Deutsche Bahn AG könnte von diesem Recht Gebrauch machen und durch eine Anpassung der Preise die Genehmigung des beantragten Fernbuslinienverkehrs verhindern.[305] Außerdem dürfte es im Rahmen des bestehenden rechtlichen Rahmens kaum möglich sein, dass mehrere konkurrierende Fernbuslinien auf einer Relation genehmigt werden. Ein funktionierender Wettbewerb im Markt der Fernlinienbusse wäre somit nicht zu erwarten.

338. Nachdem im Januar 2011 der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften bekannt geworden war, demzufolge Verkehrsunternehmen Linienverkehre mit Fernbussen durchführen können, beschloss die Bundesregierung kurz vor Redaktionsschluss des vorliegenden Sondergutachtens am 3. August 2011 einen davon abweichenden Gesetzentwurf.[306] In dem nun von der Bundesregierung be-

---

[299] Vgl. dazu Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 60 ff.; Eisenkopf, A., Intermodale Wettbewerbsbeziehungen im Verkehr und Wettbewerbsverzerrungen, in: Eisenkopf, A., Knorr, A. (Hrsg.), Neue Entwicklungen in der Eisenbahnpolitik, Berlin 2008, S. 9–138; Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 99 ff.; Mitusch, K. u. a., a. a. O., S. 54 ff.

[300] Die meisten dieser Untersuchungen bezüglich externer Effekte des Verkehrs (z.B. Becker u. a., a. a. O.; Walter, M./Haunerland, F./Moll, R., Heavily Regulated, but Promising Prospects: Entry in the German Express Coach Market, Transport Economics Working Papers, WP-TR-16, April 2009) und deren Internalisierung (z.B. IWW/Nestear, Internalisation of External Costs of Transport: Impact on Rail, Study for the Community of European Railway and Infrastructure Companies (CER), Final Report, Karlsruhe/Paris, July 2009) basieren auf Daten aus Infras, Externe Kosten des Verkehrs in Deutschland, Aufdatierung 2005, Schlussbericht, Zürich, März 2007. Eine ausführliche Analyse der Kosten der Verkehrsmittel findet sich in Infras, Verkehrsträgeranalyse, Kosten, Erträge und Subventionen des Straßen-, Schienen- und Luftverkehrs in Deutschland, Endbericht, Zürich/Karlsruhe, 13. April 2010. Die Bestimmung der externen Kosten der unterschiedlichen Verkehrsmittel und ihrer Internalisierung stellt sich als komplex dar. Gerade im Bereich des Fernbusverkehrs spielt eine Vielzahl von Parametern eine Rolle, die den – bei ausschließlicher Betrachtung der internen Kosten – günstigsten Verkehr unter Berücksichtigung der externen Kosten unprofitabel werden lassen können. In der Diskussion um die Kosten des Fernbusverkehrs ist zu berücksichtigen, dass der Fernbus insbesondere im Vergleich zum motorisierten Individualverkehr deutliche Kostenvorteile aufweist.

[301] Vgl. BVU Beratergruppe Verkehr+Umwelt GmbH/Intraplan Consult GmbH, Überprüfung des Bedarfsplans für die Bundesschienenwege, Abschlussbericht, 29. November 2010, Abschnitt 12.4, http://www.bmvbs.de/cae/servlet/contentblob/59400/publicationFile/30928/schlussbericht-schienen-de.pdf, bzw. BMVBS, Ergebnisse der Überprüfung der Bedarfspläne für die Bundesschienenwege und die Bundesfernstraßen, 11. November 2010, Kapitel V, Abschnitt 7.3.

[302] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 48, a. a. O., Tz. 231; Sondergutachten 55, a. a. O., Tz. 101.

[303] Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, a. a. O., S. 37.

[304] BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2010, BVerwG 3 C 14.09. Ein Fernbusunternehmen hatte 2005 eine Genehmigung für die Errichtung einer Fernbuslinie auf der Strecke Frankfurt–Dortmund beantragt. Die Genehmigung wurde vom Regierungspräsidium Darmstadt erteilt; daraufhin erhob die Deutsche Bahn AG Klage gegen die Genehmigung. Das erstinstanzliche Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen, der Hessische Verwaltungsgerichtshof später die Berufung zurückgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Genehmigung zwar aufgehoben, da der Deutschen Bahn AG das ihr gemäß § 13 Absatz 2 Nummer 2 lit. c PBefG zustehende Ausgestaltungsrecht nicht eingeräumt worden war. Es hat aber bestätigt, dass die Genehmigung nicht aufgrund des § 13 Absatz 2 Nummer 2 lit. a oder b PBefG zu versagen war.

[305] Vgl. Tz. 330.

[306] Neben den Veränderungen im Hinblick auf den Fernbusverkehr enthalten beide Entwürfe weitere Anpassungen des Personenbeförderungsgesetzes an die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Ausgestaltung eines Genehmigungswettbewerbs für den Nahverkehr, auf die hier nicht näher eingegangen wird.

schlossenen Entwurf wird im neuen § 42a Reg-E Personenfernverkehr im Sinne eines Linienverkehrs mit Kraftfahrzeugen definiert. Durch den neuen § 13 Absatz 2 Nummer 2 Satz 2 Reg-E wird der Personenfernverkehr explizit vom entscheidenden Grund zur Nichterteilung einer Genehmigung für den Buslinienfernverkehr, dem Versagensgrund des weiterhin bestehenden 13 Absatz 2 Nummer 2 PBefG, ausgenommen. Mit diesem Entwurf soll die im Koalitionsvertrag angekündigte Liberalisierung des Busfernverkehrs umgesetzt werden.

339. Allerdings sieht auch der vorliegende Regierungsentwurf keine vollständige Liberalisierung des Marktes für Buslinienverkehre vor. So ist nach § 42a Satz 2 Reg-E eine Beförderung von Personen zwischen zwei Haltestellen mit einem Abstand bis zu 50 km nicht zulässig, allerdings können nach § 42a Satz 3 Reg-E Ausnahmen gewährt werden. Durch diese Vorgabe sollen laut Begründung zum Regierungsentwurf öffentliche Nahverkehre geschützt werden.

Der aktuelle § 21 Absatz 1 PBefG statuiert eine Betriebspflicht für den Verkehrsbetreiber. Der Unternehmer ist danach grundsätzlich verpflichtet, den genehmigten Betrieb aufzunehmen und für die Dauer der Genehmigung aufrechtzuerhalten. Der Regierungsentwurf fügt im § 21 einen neuen Absatz 5 an. Nach Satz 2 dieser Vorschrift muss der Unternehmer der Genehmigungsbehörde anzeigen, wenn er den Verkehr einstellen will. Die Betriebspflicht endet dann gemäß Satz 3 drei Monate nach der Anzeige. Damit besteht für Busfernlinien de facto eine Betriebspflicht von drei Monaten.

Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf soll weder der Fahrpreis noch der Fahrplan einer Genehmigung unterworfen werden. Gemäß § 45 Absatz 2 PBefG sind auf den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen und damit auch im Fernbusverkehr grundsätzlich § 39 PBefG (Tarifpflicht) und § 40 PBefG (Fahrplanpflicht) anzuwenden. Im Regierungsentwurf wird allerdings § 45 Absatz 2 im Sinne von Erleichterungen für den Busfernverkehr geändert. Gemäß § 45 Absatz 2 Nummer 1 Reg-E sind die Beförderungsentgelte für Fernbuslinien von der Zustimmungspflicht freigestellt. Da künftig eine Linie von mehreren Unternehmen betrieben werden kann, bestehe kein Grund, die Fahrpreise auf ihre Angemessenheit zu prüfen. § 45 Absatz 2 Nummer 2 Reg-E nimmt für den liberalisierten Busfernverkehr zwei Erleichterungen bezüglich der Fahrplanpflicht vor. Die Befugnis der Behörde gemäß § 40 Absatz 3 PBefG, Änderungen des Fahrplans zu verlangen, ist danach auf den Busfernverkehr nicht anwendbar. Fahrplanänderungen im Busfernverkehr bedürfen außerdem nicht der Zustimmung der Behörde gemäß § 40 Absatz 2 Satz 1 PBefG, sondern es besteht lediglich eine Anzeigepflicht. Ausgenommen sind umfangreiche Änderungen (z. B. bei Änderung der Streckenführung), die nach § 2 Absatz 2 Nummer 1 PBefG genehmigungsbedürftig sind.

Nach § 12 Absatz 8 Reg-E ist Personenfernverkehr explizit von dem in § 12 Absatz 5 und 6 Reg-E geregelten Genehmigungswettbewerb ausgenommen. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass das Betreiben einer Fernbusverbindung nach dem vorliegenden Regierungsentwurf keinen Dienstleistungsauftrag im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 darstellt und demnach auch nach europäischen Vorgaben kein Genehmigungswettbewerb durchzuführen ist.[307]

340. Die Monopolkommission begrüßt die grundlegende und von ihr mehrfach geforderte Entscheidung der Bundesregierung, durch eine Neufassung des Personenbeförderungsgesetzes einen eigenwirtschaftlichen Linienfernverkehr mit Bussen zu ermöglichen. Damit würde ein bereits lange kritisiertes staatliches Wettbewerbshindernis fallen. Darüber hinaus würde zugleich eine auch durch

---

[307] Die Verordnung (EG) 1370/2007 versteht unter einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag gemäß Artikel 2 lit. i „einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen.“ Eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung ist gemäß Artikel 2 lit. e VO 1370/2007 „eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte.“ In den Betriebs- (§ 21 Absatz 1), Beförderungs- (§ 22), Tarif- (§ 45 Absatz 2 in Verbindung mit § 39) und Fahrplanpflichten (§ 45 Absatz 2 in Verbindung mit 40 PBefG) sieht die überwiegende Auffassung bisher die Übernahme solcher gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und kommt so zu einer Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 mit der Folge, dass neue Fernbuslinien im Verfahren nach Artikel 5 VO (EG) 1370/2007 ausgeschrieben werden müssten. Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2009, BVerwG 3 C 1.09, Rn. 29; Saxinger, A., Genehmigungen und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsrecht vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, Deutsches Verwaltungsblatt 123(11), 2008, S. 688-696.; Wittig, O./Schimanek, P., Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen, Die neue EU-Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 9(4), 2008, S. 222–227; Winnes, M./Schwarz, A./Mietzsch, O., Zu den Auswirkungen der VO 1370/07 für den öffentlichen Nahverkehr in Deutschland, Europarecht 44(2), 2009, S. 290–301, 290, 297; Deuster, J., Vom Auskunftsanspruch zur Veröffentlichungspflicht, Zur europäischen Dimension des Liniengenehmigungsverfahrens im Personenbeförderungsgesetz gemäß der VO (EG) 1370/2007, Die Öffentliche Verwaltung 63(14), 2010, S. 591. Diese Auffassung berücksichtigt allerdings nicht die Änderungen des Regierungsentwurfs. Zurzeit steht den Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten auch das Doppelbedienungsverbot gegenüber, welches die Busanbieter vor Konkurrenz schützt. Dieses Doppelbedienungsverbot wird daher auch als Gewährung eines ausschließlichen Rechts im Sinne des Artikel 2 lit. f VO 1370/2007 angesehen. Bei Gewährung eines solchen ausschließlichen Rechts wird von der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gefordert, die Vergabe einer Genehmigung auszuschreiben. Nach der geplanten Rechtslage des Regierungsentwurfs erlangen die Betreiber durch die Genehmigung allerdings keinerlei Konkurrenzschutz mehr. Nach dem Verständnis der Monopolkommission handelt es sich beim Angebot einer Fernbuslinie daher nicht um eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nach Artikel 2 lit. e VO (EG) 1370/2007, da der Betreiber nach der geplanten Rechtslage des Regierungsentwurfs für die Übernahme dieser Verpflichtungen keine Gegenleistung vergleichbar dem bestehenden Doppelbedienungsverbot erhält. Nach der geplanten Rechtslage übernimmt der Betreiber die aus der Genehmigung korrespondierenden Verpflichtungen aus eigenem wirtschaftlichen Interesse, sodass keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung übernommen wird.

das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht gelöste Rechtsunsicherheit beseitigt, die in den letzten Jahren vor allem dadurch entstanden ist, dass Gerichte das Konkurrenzverbot zur Schiene zunehmend gelockert haben, dies aber nicht die Einzelfallprüfung der jeweiligen Anträge ersetzt hat.

341. Insbesondere ist zu begrüßen, dass ein Verbot der Doppelbedienungen von Relationen durch ein Konzessionssystem im vorliegenden Entwurf nicht vorgesehen ist. Die Monopolkommission sieht im Detail auch die Ausnahmen von der allgemeinen Tarif- und Fahrplanpflicht für den Fernbusverkehr positiv. Allerdings sollte der Fernbusverkehr auch von der dreimonatigen Betriebspflicht ausgenommen werden. Von öffentlicher Seite besteht hier keine Pflicht oder Unterstützung, ein ausreichendes Angebot an Fernbusleistungen zu sichern. Da die Fernbusunternehmen somit das Verkehrsangebot aufgrund einer eigenen wirtschaftlichen Entscheidung und nicht auf Basis öffentlicher Interessen durchführen, sollte auch die Einstellung dieser Leistungen für die Unternehmen jederzeit eigenverantwortlich möglich sein.

342. Kritisch sieht die Monopolkommission Bestrebungen, Personennahverkehre, für die Ausgleichsleistungen für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt werden, zu schützen. Sie bewertet aus Gründen der Rechtssicherheit zunächst positiv, dass die im Referentenentwurf geplanten neuen Versagensgründe zum Schutz des öffentlichen Nahverkehrs der § 13 Absatz 2 Nummer 2 und 3 Ref-E keinen Eingang in den Regierungsentwurf gefunden haben. Gemäß § 13 Absatz 2 Nummer 3 Ref-E war geplant, „die Genehmigung zu versagen, wenn der beantragte Verkehr [...] Personenverkehrsdienste mit Eisenbahnen beeinträchtigt, für die im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne von Artikel 2 lit. g der VO 1370/2007 gewährt werden.“ Bei diesen Personenverkehrsdiensten handelt es sich um sämtliche Leistungen im Schienenpersonennahverkehr. Aufgrund der Vielzahl an SPNV-Relationen und Haltestellen werden beantragte Fernbusverbindungen teilweise den Schienenpersonennahverkehr tangieren. Die Genehmigung hätte dem Wortlaut des § 13 Absatz 2 Nummer 3 Ref-E nach schon bei jeder Beeinträchtigung des Schienenpersonennahverkehrs versagt werden können. Dies hätte bereits bei einem geringfügigen Nachfrageübergang angenommen werden können, wodurch die Versagung einer Genehmigung naheliegend erschien. Ein derart ausgestalteter Versagensgrund erzeugt im Ergebnis erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die Genehmigung von Busverkehren aufseiten der Busfernverkehrsgesellschaften und hätte gegebenenfalls langwierige gerichtliche Klärungen in jedem Einzelfall notwendig gemacht. Vom Standpunkt der Rechtssicherheit betrachtet erscheint die in § 42a Satz 2 Reg-E vorgeschlagene Regelung, nach der die Beförderung von Personen zwischen zwei Haltestellen mit einem Abstand bis zu 50 km nicht zulässig sein soll, vorzugswürdig. Eine derart quantitative Regelung ist für potenzielle Anbieter von Busfernverkehren einfach umsetzbar und leicht nachvollziehbar. Das Risiko einer Klageerhebung vonseiten der Wettbewerber wird damit deutlich verringert. Die Monopolkommission sieht jedoch den auch im Regierungsentwurf vorgesehenen Schutz des Personennahverkehrs allgemein kritisch. Durch diese Regelung wird der Busfernverkehr ohne eine erkennbare sachliche Rechtfertigung anders behandelt als der Schienenpersonenfernverkehr. Dies kann zu einer ungerechtfertigten Verschlechterung der Position des Busfernverkehrs gegenüber dem Schienenpersonenfernverkehr führen. Auch besteht das Risiko, dass volkswirtschaftlich effiziente Relationen nicht genehmigt und Busfernverkehrsunternehmen gezwungen werden, auf unattraktivere Relationen auszuweichen, was zu Effizienzverlusten führen kann. Auf der anderen Seite ist in Rechnung zu stellen, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonennahverkehr durch staatlich finanzierte Verträge daran gebunden sind, langfristig Verkehrsleistungen anzubieten. Durch eine langfristige parallele Erbringung von Verkehrsleistungen könnten Ineffizienzen entstehen. Nach Meinung der Monopolkommission darf der Schutz der staatlich finanzierten SPNV-Verkehre jedoch nicht zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs führen.

343. Prinzipiell sieht die Monopolkommission durch die geplante Genehmigungspflicht die Gefahr, dass diese einen effizienten Wettbewerb behindert. Obwohl das Genehmigungsverfahren durch die Ausnahmeregelung des § 12 Absatz 8 Reg-E für den Personenfernverkehr vereinfacht werden soll, verbleiben durch diesen marktordnenden Eingriff in den Busfernverkehr Markteintrittshindernisse. Durch die Genehmigungspflicht entstehen aufseiten der Unternehmen und Behörden erhebliche Transaktionskosten. Fernbusgesellschaften sind außerdem schwer kalkulierbaren und marktfremden Risiken durch die mögliche Versagung der Genehmigung ausgesetzt. Auch besteht die Gefahr, dass direkte Konkurrenten oder die Deutsche Bahn AG beispielsweise aufgrund von Formfehlern innerhalb des Genehmigungsverfahrens gegen die Genehmigung klagen. Des Weiteren haben intermodale und intramodale Konkurrenten durch den durch das Genehmigungsverfahren nötigen Vorlauf viel Zeit, um auf Markteintritte zu reagieren. Im Ergebnis stellt die Genehmigungspflicht damit eine erhebliche Markteintrittsbeschränkung dar. Da die Monopolkommission keine hinreichenden Gründe sieht, die für eine Genehmigungspflicht des Fernbuslinienverkehrs sprechen, sollte erwogen werden, diesen Eingriff in den Markt generell zu unterlassen.

Sollte der Gesetzgeber den marktordnenden Eingriff in den Busfernverkehr dennoch wünschen, um durch die damit einhergehende Beförderungs- und Betriebspflicht eine gewisse Verlässlichkeit und Überschaubarkeit des Leistungsangebots für Kunden und kleinere Marktakteure zu schaffen, sollte dies allenfalls als Übergangsregelung geschehen. So sollte nach einer gewissen Zeit, in der Erfahrungen mit der Markt- und Wettbewerbsentwicklung gesammelt werden, zu einer vollständigen Liberalisierung des Busfernverkehrsmarktes übergegangen werden. Die Ausgestaltung als Übergangsregelung sollte nach Ansicht der Monopolkommission insbesondere durch die

Festlegung einer konkreten Frist gesetzlich festgelegt werden.

344. Vor dem dargestellten Hintergrund bleibt abzuwarten, wie sich der Wettbewerb des Busfernverkehrs entfalten wird und ob daraus tatsächlich ein gewisser Wettbewerbsdruck auf den Schienenpersonenfernverkehr entstehen kann.

5 Wettbewerbsentwicklung und Wettbewerbshindernisse im Schienengüterverkehr

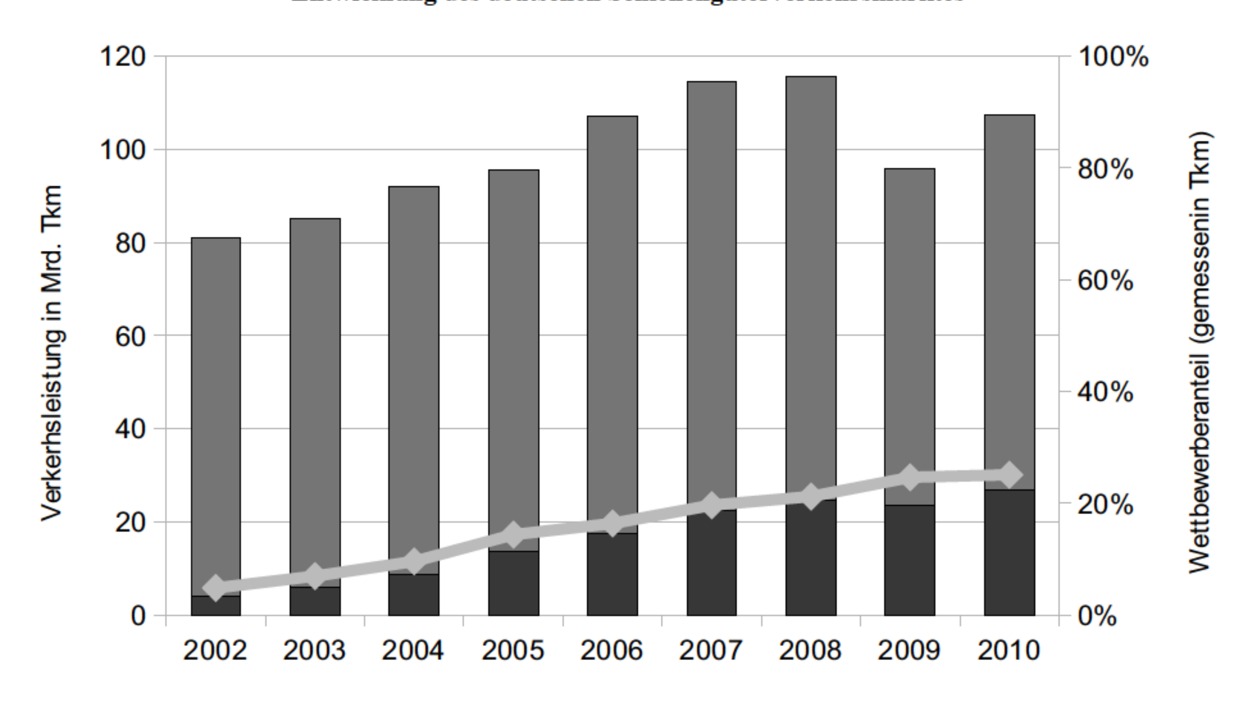
345. Der Wettbewerb im Schienengüterverkehr hat sich im vergangenen Jahrzehnt vergleichsweise positiv entwickelt und auch in den letzten beiden Jahren konnten die Wettbewerber ihren Marktanteil gegenüber der Deutschen Bahn AG weiter steigern. In 2010 erreichten sie einen Marktanteil von 25,1 Prozent der transportierten Tonnenkilometer (Tkm) (vgl. Abbildung 5.1). Die Wettbewerber wurden von der Wirtschafts- und Finanzkrise deutlich weniger getroffen als die Deutsche Bahn AG mit ihrer Güterverkehrssparte DB Schenker Rail GmbH. Während die Transportleistung der Deutschen Bahn AG 2009 gegenüber 2008 um 21 Prozent zurückgegangen ist, konnten die Wettbewerber ihre Verkehrsleistung annähernd halten und verloren nur 4 Prozent ihrer Nachfrage. Auch konnten Wettbewerber 2010 stärker von der Erholung des Marktes profitieren. Insgesamt zeigt sich, abgesehen vom Einbruch 2009, ein starker Anstieg der Verkehrsleistung des Schienengüterverkehrs. Dieser ist allerdings weniger auf die nur geringe Steigerung des Anteils des Schienenverkehrsmarktes am Gesamtmarkt, des sog. Modal Split, als vielmehr auf ein Wachstum des gesamten Güterverkehrsmarktes zurückzuführen.[308] Obwohl die Deutsche Bahn AG in den vergangenen Jahren Marktanteile verloren hat, konnte sie aufgrund dieser positiven Marktentwicklung ihre Verkehrsleistung mit wenigen Ausnahmen von Jahr zu Jahr steigern. Insgesamt weist der Schienengüterverkehrsmarkt den größten Wettbewerberanteil der drei Verkehrsmärkte auf.

346. Trotz eines gewissen Wettbewerbs ist die DB Schenker Rail GmbH mit ihrer Tochtergesellschaft DB Schenker Rail Deutschland AG weiterhin das deutlich dominierende Unternehmen auf dem Markt für Schienengüterverkehr. Die Struktur der Wettbewerber im Schienengüterverkehr zeichnet sich im Gegensatz zum Schienenpersonennahverkehr durch einen etwas intensiveren Wettbewerb in der Breite aus. Neben den fünf größten Wettbewerbern existiert im Schienengüterverkehr eine Vielzahl an Güterbahnen, die mit jeweils geringen Marktanteilen zusammen einen wichtigen Teil zur vergangenen Wettbewerbsentwicklung beigetragen haben. Diese Unternehmen haben sich oftmals auf einzelne Gütergruppen oder Transportkonzepte wie den Containerverkehr spe-

[308] Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2010, a. a. O., S. 12.

Abbildung 5.1

Entwicklung des deutschen Schienengüterverkehrsmarktes



Quellen: Wettbewerbsberichte der Deutschen Bahn AG, Wettbewerber-Report Eisenbahn 2010/2011; eigene Darstellung

zialisiert und dabei teilweise innovative Konzepte entwickelt. Der größte Wettbewerber der DB Schenker Rail GmbH ist mittlerweile die Staatsbahn SNCF Geodis, die 2009 alle nichtfranzösischen Aktivitäten der ehemaligen Veolia Cargo übernommen hat. Damit ist die Rail4chem Eisenbahnverkehrsgesellschaft mbH, die in die Captrain Deutschland GmbH integriert wurde, Teil des Konzerns. Daneben sind die Staatsbahnen SBB Cargo Deutschland GmbH und FS Trenitalia mit der Tochtergesellschaft TX Logistik AG und nach dem Erwerb von Arriva Deutschland auch der Osthannoverschen Eisenbahnen AG die größten SGV-Unternehmen. Einen nicht zu vernachlässigenden Marktanteil weisen die Werks- und Hafenbahnen auf. Die mehrheitlich im Besitz der Stadtwerke Köln befindliche Häfen und Güterverkehr Köln AG ist unter diesen die größte und insgesamt der viertgrößte Wettbewerber der DB Schenker Rail GmbH.

347. Obwohl der Schienengüterverkehr seit der Bahnreform die positivste Wettbewerbsentwicklung der Teilmärkte zeigt, bestehen auf dem Markt weiterhin zentrale Wettbewerbshindernisse. Dies wird besonders deutlich, wenn die Entwicklung der einzelnen Marktbereiche der transportierten Güter und die Segmente der Transportlogistik des Schienengüterverkehrs betrachtet werden.

348. Die Wettbewerbsintensitäten im Schienengüterverkehr differieren stark nach Marktbereichen, d. h. nach den transportierten Gütergruppen. Diese Unterschiede sind auch auf die Verfügbarkeit des notwendigen rollenden Materials zurückzuführen. Zwar existieren für den Güterverkehr im Gegensatz zu den Personenverkehren Leasinggesellschaften, die geeignetes Rollmaterial anbieten, allerdings weiterhin nicht für spezielle Güterverkehre. Hierzu gehören insbesondere Waggons zum Transport von Massen- und Schüttgut für die Gütergruppen Erze, Kohle und Sand. In diesen Bereichen konnten sich Wettbewerber dementsprechend kaum oder gar nicht etablieren. Diese Problematik hat sich in den letzten Jahren kaum verbessert. Der Mangel an Möglichkeiten der Beschaffung von Spezialfahrzeugen liegt zum großen Teil in den gewachsenen Strukturen des Marktes begründet. Da die Deutsche Bahn AG nach der Liberalisierung im Besitz des Rollmaterials war, standen gebrauchte Fahrzeuge für Wettbewerber nicht zur Verfügung. Aufgrund der bestehenden Finanzierungsunsicherheit für spezielles Rollmaterial und weil die DB Schenker Rail GmbH selbst über ausreichend Fahrzeuge verfügt und damit nicht als Leasingnehmer infrage kommt, haben sich für dieses Material keine Leasinggesellschaften am Markt etabliert. Sollten in diesen Bereichen durch die Deutsche Bahn AG besonders hohe Renditen erwirtschaftet werden können, ist davon auszugehen, dass die Aussicht auf einen lukrativen Markteintritt höhere Risiken überkompensieren kann, sodass die Anschaffung von Spezialmaterial profitabel sein kann. Auch könnten Verlader in Erwartung günstigerer Konditionen langfristige Verträge anbieten und so die Markteintrittsrisiken verringern. Die Monopolkommission geht daher weiterhin davon aus, dass sich die Zugangsmöglichkeiten für Wettbewerber mittelfristig verbessern werden.[309]

[309] Vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 4.2.

349. Im Schienengüterverkehr lassen sich erbrachte Transportleistungen danach unterscheiden, wie die Züge zusammengestellt werden und wie aufwendig dementsprechend die logistischen Leistungen sind. Im vergleichsweise einfach zu organisierenden Ganzzugverkehr wird die Transportleistung von Unternehmen bestellt, die große Gütermengen zu transportieren wünschen. Diese Massengüter werden von einem Absendergleisanschluss ohne Unterbrechung zu einem Zielgleisanschluss gebracht. Der wesentlich aufwendigere Einzelwagenverkehr basiert dagegen auf der Bündelung unterschiedlicher Ladungen zu richtungsorientierten Zügen. Wagen, die in verschiedenen Serviceeinrichtungen und Gleisanschlüssen einer Region bereitgestellt werden, werden für die Beförderung über längere Strecken mit anderen Wagen mit gleicher Zielregion zusammengestellt, zur Verteilung später wieder getrennt und zusammen mit Wagen aus anderen Versandregionen zum Bestimmungsort gebracht. Dabei existiert mit dem Wagengruppenverkehr ein Wagenladungsverkehr, der etwas weniger komplex ist als der reine Einzelwagenverkehr, weil dabei nicht einzelne Wagen, sondern mehrere Wagen in Gruppen zusammen behandelt werden. Die Transportleistungen können im Rahmen des sog. Kombinierten Verkehrs jeweils in eine mehrgliedrige Transportkette eingebunden werden, die unterschiedliche Verkehrszweige integriert. Dieser kombinierte Verkehr ist ein intermodaler Verkehr, bei dem der überwiegende Teil der zurückgelegten Strecke mit der Eisenbahn bewältigt wird und der Vor- und Nachlauf auf der Straße so kurz wie möglich gehalten wird.

Eine Betrachtung dieser Segmente zeigt, dass die wettbewerblichen Impulse vor allem vom Teilsegment der Ganzzugverkehre ausgehen, die ohne Zugumbildungen auskommen und logistisch weniger aufwendig sind. Aufwendigere Logistikdienstleistungen werden bisher überwiegend durch die Deutsche Bahn AG erbracht. Im besonders komplexen Einzelwagenverkehr, der etwa 40 Prozent des Gesamtmarktes ausmacht, ist ausschließlich die DB Schenker Rail GmbH aktiv. Die Deutsche Bahn AG hat im Zuge dessen ein optimiertes Einzelwagenverkehrsnetz etabliert. Aufgrund dieses gewachsenen Wettbewerbsvorteils sehen Wettbewerber den Markt als langfristig verschlossen an. Der dargestellte starke Umsatzrückgang der Deutschen Bahn AG im Krisenjahr 2009 ist wohl vor allem darauf zurückzuführen, dass der Einzelwagenverkehr stärker konjunkturabhängig ist als die Ganzzugverkehre. Auch in den etwas komplexeren Marktbereichen mit Einzelwagenverkehren ist die Wettbewerbsintensität deutlich eingeschränkt. Positiv ist zu attestieren, dass von Wettbewerbern zunehmend innovative Gruppenzugkonzepte angeboten werden.

350. Notwendige Voraussetzung für einen Wettbewerb in den Teilmärkten, die logistisch aufwendiger sind, ist ein diskriminierungsfreier Zugang zu speziellen Serviceeinrichtungen wie Zugbildungsanlagen der Deutschen Bahn AG. Allgemein stellen im Schienengüterverkehr die Zugangsbedingungen zu Infrastruktureinrichtungen der Deutschen Bahn AG entscheidende Wettbewerbshindernisse dar. Darüber hinaus behindern die in Abschnitt 5.2

dargestellten derzeitigen Verfahrensabläufe des Eisenbahn-Bundesamtes eine erfolgreiche Wettbewerbsentwicklung.

5.1 Zugangsbedingungen zu Infrastruktureinrichtungen

351. Die Güterverkehrsunternehmen stellen durch die oft kurzfristige Disposition von Verkehren und die starke Nutzung verschiedener Serviceeinrichtungen besondere Anforderungen an die Eisenbahninfrastruktur. Dadurch sind die Unternehmen besonders von den Vorleistungen des dominierenden Infrastrukturbetreibers, der Deutschen Bahn AG, abhängig. So ergeben sich für die Deutsche Bahn AG als gleichzeitig größtem Schienengüterverkehrsanbieter durch die in Kapitel 2 dargestellten Spielräume vielfältige Möglichkeiten, Konkurrenten im Schienengüterverkehr zu diskriminieren.

352. Im Besonderen stellt neben den in Abschnitt 2.1.1 untersuchten Problemen der allgemeinen Festlegung der Infrastrukturentgelte der Bezug von Bahnstrom ein wichtiges Wettbewerbshindernis dar.[310] Die Energiekosten sind für Unternehmen des Schienengüterverkehrs einer der wichtigsten Einzelkostentreiber.

In Bezug auf die in Abschnitt 2.2 geschilderten Probleme im Zusammenhang mit Zugangsbedingungen zur Eisenbahninfrastruktur bilden insbesondere die Intransparenzen in Trassenbelegungsverfahren ein entscheidendes Hindernis.[311] Güterverkehrsunternehmen greifen im Rahmen der Trassenbelegung meist auf Gelegenheitsverkehre zurück, da eine Anmeldung zum Jahresfahrplan nicht infrage kommt. Dabei sind die Unternehmen auf die kurzfristige Disposition von Trassen und die Zusammenarbeit mit der Deutschen Bahn AG angewiesen. In der Bereitstellung von Informationen bezüglich der Verfügbarkeit und Beschaffenheit von Trassen und deren Disposition sieht die Monopolkommission ein erhebliches Diskriminierungspotenzial und eine zentrale Hürde für den Wettbewerb im Schienengüterverkehr.

Die Betriebsabläufe im Schienengüterverkehr erfordern Zugang zu Serviceeinrichtungen, die im Zuglauf notwendige Rangiertätigkeiten und Zugbehandlungen ermöglichen.[312] Eine aktuelle Analyse der Bundesnetzagentur stellt dazu fest, dass Wettbewerbern der Deutschen Bahn AG die Nutzung von Zugbildungseinrichtungen teilweise nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist.[313] Wesentliche Kapazitäten dieser Einrichtungen sind langfristig an die DB Schenker Rail GmbH vermietet und können nur dann von Wettbewerbern genutzt werden, wenn die DB Schenker Rail GmbH diese selbst nicht benötigt. Wettbewerber sind damit auf die Zusammenarbeit mit dem Konkurrenzunternehmen angewiesen. Der Zugriff auf Restkapazitäten wird auch dadurch behindert, dass der technisch stark integrierte Rangierbetrieb mit Rangierloks selbst nicht unter die Zugangsregulierung des Eisenbahnrechts fällt und von den Wettbewerbern selbst abgewickelt werden muss.

353. Die Monopolkommission weist erneut darauf hin, dass eine Lösung dieser bereits in Kapitel 2 beschriebenen Probleme und damit das Ziel, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu schaffen, am besten durch eine Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte der Deutschen Bahn AG zu erreichen ist. Durch eine eigentumsrechtliche Trennung würde den Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Anreiz zur Diskriminierung einzelner Verkehrsunternehmen weitestgehend genommen. So wären alle Fragen des Infrastrukturzugangs einer effizienten Koordination durch den Markt unterworfen. Solange eine eigentumsrechtliche Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte nicht erfolgt, bleibt eine umfassende, exakte und detaillierte Regulierung der Pflichten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen bei der Zugangsgewährung unumgänglich.

5.2 Verfahrensabläufe des Eisenbahn-Bundesamtes

354. In ihren Stellungnahmen gegenüber der Monopolkommission wurde von vielen Marktteilnehmern des Schienengüterverkehrs, aber auch anderer Verkehrsmärkte geäußert, dass Verfahrensabläufe des Eisenbahn-Bundesamtes verbesserungswürdig seien. Insbesondere die derzeitigen Prozesse bei der Zulassung von Fahrzeugen und der Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen, die jedes Verkehrsunternehmen für die Teilnahme am öffentlichen Eisenbahnbetrieb benötigt, stellten große Hindernisse bei der Durchführung effizienter Verkehre insbesondere im Schienengüterverkehr dar. Die Monopolkommission hat sich mit diesen Verfahrensabläufen beschäftigt und zeigt in diesem Abschnitt Verbesserungsmöglichkeiten auf.

355. Das Eisenbahn-Bundesamt ist Aufsichts- und Genehmigungsbehörde für Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland. Das Amt ging 1994 im Rahmen der Strukturreform der deutschen Bahnen aus den Sondervermögen des Bundes, Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn, hervor. Dieses Sondervermögen wurde in den unternehmerischen Bereich Deutsche Bahn AG und in den dem Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung nachgeordneten hoheitlichen Bereich mit den Bundesoberbehörden Eisenbahn-Bundesamt und Bundeseisenbahnvermögen aufgeteilt. Im Zuge der Liberalisierung des deutschen Eisenbahnmarktes hat die Anzahl der Eisenbahnunternehmen stark zugenommen, sodass der Aufsicht durch das Amt neben den Unternehmen der Deutschen Bahn AG mittlerweile weit über 300 weitere Eisenbahnunternehmen in Deutschland unterliegen.

356. Eisenbahnverkehrsunternehmen benötigen für die Teilnahme am öffentlichen Eisenbahnbetrieb eine Sicherheitsbescheinigung. Bisher existierte das Modell des Eisenbahnbetriebsleiters, der für die Einhaltung der Sicherheitsstandards im Unternehmen zuständig war und sich um die Durchsetzung von Rechts- und Sicherheitsvor-

310 Vgl. Abschnitt 2.1.3.
311 Vgl. Abschnitt 2.2.2.
312 Vgl. Abschnitt 2.2.3.1.
313 Vgl. Tz. 212 ff.

schriften kümmerte. Im Zuge der Harmonisierung der Betriebsprozesse des Eisenbahnwesens wurde auf europäischer Ebene beschlossen, dass Sicherheitsbescheinigungen nur noch auf Basis von Sicherheitsmanagementsystemen erteilt werden können. Für die Erteilung einer Sicherheitsbescheinigung ist es damit seit der Umsetzung der Richtlinie 2004/49/EG in nationales Recht 2007[314] erforderlich, dass seitens der Eisenbahngesellschaften ein Sicherheitsmanagementsystem erstellt wird.[315] Dieses muss dem Eisenbahn-Bundesamt zur Prüfung und Genehmigung vorgelegt werden. Diese Umstellung auf ein prozessorientiertes Vorgehen brachte in Deutschland massive Probleme mit sich.

So hatten sich 312 Eisenbahnverkehrsunternehmen um eine Sicherheitsbescheinigung mit Zulassung eines Sicherheitsmanagementsystems nach § 7a Absatz 2 AEG für den 1. Januar 2011 bemüht. Bis Ende Februar 2011 war lediglich zehn dieser 312 Unternehmen eine solche erteilt worden. Zur Entspannung der Situation, d. h. um den Eisenbahnen die Möglichkeit zu geben, über den 31. Dezember 2010 hinaus weiterhin am Eisenbahnbetrieb teilnehmen zu können, veröffentlichte das Eisenbahn-Bundesamt im September 2010 und aufgrund einer weiteren Zuspitzung der Situation am 13. Dezember 2010 zwei Mitteilungen, mit denen befristete Übergangsregelungen ermöglicht wurden. Im Wesentlichen war nach diesen Regelungen keine Zulassung eines Sicherheitsmanagementsystems nötig.[316] Von diesen Möglichkeiten machten mehr als 250 Eisenbahnunternehmen Gebrauch. In diesem Zusammenhang hatte das Eisenbahn-Bundesamt diejenigen Eisenbahnunternehmen, die eine Zulassung ihres Sicherheitsmanagementsystems wünschten, gebeten zu prüfen, wie dringlich dies sei und ob die Zulassung unter der Prämisse, dass dies meistens der Nachbesserung der Nachweisführung und des Sicherheitsmanagementsystems selbst und damit mindestens einer zweiten Prüfung bedürfe, noch bis zum 31. Dezember 2010 gelingen könne. Vor diesem Hintergrund hat das Eisenbahn-Bundesamt den Unternehmen empfohlen, zunächst einen Antrag auf Erteilung einer Sicherheitsbescheinigung ohne die Zulassung des Sicherheitsmanagementsystems zu stellen.

357. Die in den beiden Mitteilungen ermöglichten Übergangsregelungen und insbesondere das Veröffentlichungsdatum der zweiten Mitteilung Mitte Dezember sowie die extrem niedrige Zahl erteilter Sicherheitsbescheinigungen mit Zulassung eines Sicherheitsmanagementsystems verdeutlichen die Problematik der Gesamtsituation. Bis zur Mitteilung vom 13. Dezember sah sich ein Großteil der Eisenbahnverkehrsunternehmen der Gefahr ausgesetzt, mit dem Jahreswechsel den Eisenbahnbetrieb einstellen zu müssen. Die Geschäftsplanung dieser Unternehmen unterlag für die kommenden Jahre erheblichen Risiken.

358. Zahlreiche Unternehmen haben der Monopolkommission berichtet, dass die geschilderte Problematik zudem von einer wenig konstruktiven Zusammenarbeit bei der Bewertung von eingereichten Unterlagen und Anträgen begleitet werde. So erhielten Eisenbahnunternehmen nur selten Informationen zum Stand der Verfahren und im Falle von Rückmeldungen mit Bitte um Nachbesserung seien diese Rückmeldungen teilweise wenig konstruktiv. Dies ist vor dem Hintergrund, dass die Behörde auf die Veröffentlichung von Mindestanforderungen oder Beispiel-Sicherheitsmanagementsystemen als Orientierungshilfe verzichtet hat, umso kritischer zu beurteilen.

359. Die große Zahl an fehlenden Genehmigungen ist nach Auffassung des Eisenbahn-Bundesamtes allein auf ein zu spätes und behäbiges Reagieren der Eisenbahnunternehmen auf die geänderte Gesetzeslage zurückzuführen. Diese Erklärung erscheint der Monopolkommission aufgrund dessen, dass annähernd alle – auch sehr große und professionell geführte – Unternehmen Probleme bei der Erfüllung der Anforderungen des Eisenbahn-Bundesamtes hatten, als alleinige Begründung nicht vollends überzeugend.[317] Auch wäre es unter diesem Umstand der falschen Einschätzung der Situation durch annähernd alle Eisenbahnunternehmen angebracht gewesen, frühzeitig und deutlich auf die geänderte Lage und deren Folgen hinzuweisen. Dies erscheint angesichts der dargestellten Entwicklung nicht nachhaltig geschehen. Nach Auffassung der Monopolkommission wäre es Aufgabe des Eisenbahn-Bundesamtes gewesen, die Risiken der

[314] Die Richtlinie 2004/49/EG wurde mit dem fünften Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 16. April 2007, BGBl. I S. 522, und der zweiten Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 5. Juli 2007, BGBl I S. 1305, umgesetzt.

[315] Vgl. Artikel 9 bis 12 in Verbindung mit Anhang III und IV RL 2004/49/EG; §§ 7a bis 7c AEG; VO (EU) 1158/2010.

[316] Die am 7. September 2010 eröffnete Möglichkeit besteht darin, dass Bahnen mit einem Eisenbahnbetriebsleiter eine auf ein Jahr befristete Sicherheitsbescheinigung erhalten können. Das heißt, Eisenbahnen, die über eine Sicherheitsbescheinigung nach § 14 Absatz 7 AEG (in der bis zum 20. April 2007 gültigen Fassung) bis zum 31. Dezember 2010 verfügen, können ohne zugelassenes Sicherheitsmanagementsystem eine auf ein Jahr befristete Sicherheitsbescheinigung erhalten, wenn sie Eisenbahnbetriebsleiter bestellt haben, die behördlich bestätigt worden sind, und wenn die Unternehmen eine entsprechende Geschäftsanweisung für die Betriebsleiter vorlegen. Diese Übergangsregelung kann allerdings nur genutzt werden, wenn keine Eisenbahnverkehrsleistungen im Ausland zu erbringen sind. Aufgrund der Zuspitzung der Situation eröffnete das Eisenbahn-Bundesamt am 13. Dezember 2010 eine weitere Möglichkeit, eine Sicherheitsbescheinigung übergangsweise zu erhalten. Die Behörde ermunterte die Unternehmen in einer Mitteilung, sich auf die Anwendung der gesetzlichen Übergangsvorschrift des § 38 Absatz 5d Satz 2 AEG zu berufen. Dadurch können Eisenbahnunternehmen, die noch über eine „alte“ Sicherheitsbescheinigung nach § 14 Absatz 7 AEG (in der bis zum 20. April 2007 gültigen Fassung) verfügen und die „neue“ Sicherheitsbescheinigung nach § 7a AEG (aktuelle Fassung) bereits beantragt haben, ihren Bahnbetrieb bis zur Erteilung der neuen Sicherheitsbescheinigung und damit über den 31. Dezember 2010 hinaus im Inland fortführen. Diese Eisenbahnunternehmen benötigen somit keine auf ein Jahr befristete Sicherheitsbescheinigung mit Betriebsleiternachweis. Diese Regelung gilt ebenfalls nur für den nationalen Bahnbetrieb und musste von 165 Unternehmen genutzt werden.

[317] Nach Angaben von Marktteilnehmern sind die geschaffenen Anforderungen auch für große Eisenbahnunternehmen trotz erheblichen Aufwands nicht im ersten Anlauf erfüllbar. Für kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen sei der erforderliche Aufwand finanziell überhaupt nicht darstellbar.

Geschäftsplanung, denen sich die Eisenbahnverkehrsunternehmen durch fehlende Sicherheitsbescheinigungen Ende des Jahres 2010 ausgesetzt sahen, frühzeitig anzuerkennen und zu adressieren.

360. Durch die Übergangsregelungen hat sich die akute Lage zwar etwas entspannt, die Situation bleibt aber unbefriedigend. So weisen die beiden Übergangsregelungen nicht zu unterschätzende Mängel auf. Die Regelungen können nur genutzt werden, wenn keine Eisenbahnverkehrsleistungen im Ausland erbracht werden, da die Beantragung bzw. Weiterführung ausländischer Sicherheitsbescheinigungen das Vorliegen einer deutschen Sicherheitsbescheinigung im Zusammenhang mit einem geprüften Sicherheitsmanagementsystem erfordert. Dies stellt insbesondere für Schienengüterverkehrsunternehmen, die viele grenzüberschreitende Leistungen erbringen, ein Problem dar. Bei der Abwicklung internationaler Verkehre sind die Eisenbahnunternehmen dementsprechend auf Kooperationen mit ausländischen Unternehmen angewiesen. Wie bereits im Abschnitt 4.2 erläutert, sind grenzüberschreitende Kooperationen für die Wettbewerbsentwicklung kritisch zu sehen und dementsprechend das Vorgehen einer Bundesbehörde, das solche Kooperationen nötig macht.

Darüber hinaus setzt die Nutzung der Übergangsregelungen das Vorliegen einer alten Sicherheitsbescheinigung voraus. Dies hat zur Folge, dass Marktneulinge diese Regelungen nicht nutzen können und so Markteintritte stark erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht werden.

361. Zwar wurden durch das Eisenbahn-Bundesamt Beratungsgespräche mit einzelnen Antragstellern zur Erstellung eines Sicherheitsmanagementsystems passend für die jeweilige Unternehmensstruktur geführt und öffentliche Informationsveranstaltungen organisiert. Weitere Anstrengungen zur nachhaltigen Verbesserung der Situation wurden durch das Eisenbahn-Bundesamt jedoch nicht unternommen. Das Eisenbahn-Bundesamt hat es unterlassen, ein Muster-Sicherheitsmanagementsystem vorzugeben und stattdessen nur einen relativ knapp gehaltenen Leitfaden zur Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen veröffentlicht. So wurde nach Auffassung der Monopolkommission die zugrunde liegende Problematik nicht nachhaltig gelöst.

362. Die Monopolkommission hält es aufgrund der komplexen Rechtslage und der kurzfristigen Umstellung des Sicherheitssystems für erforderlich, proaktiv ein Beispiel-Sicherheitsmanagementsystem vorzugeben. Das Eisenbahn-Bundesamt hat nach eigenen Angaben aufgrund der starken Heterogenität der aktiven Eisenbahnunternehmen auf ein Muster verzichtet. Die Monopolkommission erkennt an, dass es aus diesem Grund nicht möglich ist, ein einheitliches Muster-Sicherheitsmanagementsystem vorzugeben, das für jedes Unternehmen als Leitfaden geeignet ist. Dennoch wäre es angezeigt, zumindest für einige beispielhaft gestaltete, typisierte Eisenbahnverkehrsunternehmen ausführlich kommentierte Beispiel-Sicherheitsmanagementsysteme vorzugeben. Dazu müsste deutlich gemacht werden, dass diese nicht als Muster für jedes Unternehmen dienen können. Je nach Unternehmen wären einzelne Punkte oder Anforderungen nicht relevant, andere könnten gegebenenfalls ergänzt werden. Dadurch könnten dennoch Mindestanforderungen klargestellt werden, die als Orientierungshilfe bei der Erstellung der Sicherheitsmanagementsysteme dienen können. Als Vorbild kann in diesem Zusammenhang das Schweizer Bundesamt für Verkehr (BAV) dienen.[318] Um den Unternehmen die Einführung eines Sicherheitsmanagementsystems zu erleichtern, hat das Schweizer Amt einen Leitfaden herausgegeben, der sich in Qualität und Umfang deutlich von den sehr knapp gehaltenen Vorgaben des deutschen Eisenbahn-Bundesamtes unterscheidet.[319] Nach Auffassung der Monopolkommission hätte die Vorgabe eines Beispiel-Sicherheitsmanagementsystems die Situation auch im Hinblick auf die Beratungsgespräche mit Antragstellern und die notwendigen Rückmeldungen entspannt. Um Eisenbahnverkehrsunternehmen in Zukunft die Teilnahme am öffentlichen Eisenbahnbetrieb nicht unnötig zu erschweren, ist ein derartiger Leitfaden als Orientierung unerlässlich.

Zusätzlich sollte nach Auffassung der Monopolkommission ein elektronisches Kommunikationssystem zur Unterstützung und Dokumentation der Genehmigungsverfahren implementiert werden. In diesem System sollte jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen jederzeit ausführliche und explizite Informationen zum Stand des jeweiligen Verfahrens abrufen können. Auch die Kommunikation zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahn-Bundesamt sollte innerhalb dieses Systems stattfinden. Dies erleichtert konstruktive Rückmeldungen.

---

[318] Im Zuge der EU-weiten Einführung eines Sicherheitsmanagementsystems im Rahmen der europäischen Richtlinie 2004/49/EG als Zugangsvoraussetzung müssen auch Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Schweiz, die einen Netzzugang beantragen, durch den Nachweis eines Sicherheitsmanagementsystems darlegen, dass ein sicherer und zuverlässiger Betrieb gewährleistet werden kann (Artikel 9 Absatz 2 lit. a Eisenbahngesetz (EBG) und Artikel 4 Absatz 1 Netzzugangsverordnung (NZV)). Durch diese Anpassungen an die europäische Rechtslage wird die Schweiz damit den Anforderungen des bilateralen Landesverkehrsabkommens gerecht, das unter anderem auch den gegenseitigen Zugang zum Schienennetz zur Beförderung von Gütern und für den Personenfernverkehr regelt.

[319] Neben detaillierten Ausführungen der Anforderungen an ein Sicherheitsmanagementsystem werden im Leitfaden des Schweizer Bundesamtes für Verkehr Fragestellungen aufgeführt, die ein integriertes Sicherheitsmanagementsystem beantworten sollte. Das Amt gibt außerdem explizite Hinweise, wie die zu erfüllenden Anforderungen in ein bestehendes Managementsystem integriert werden können. Hierbei erfolgt im Gegensatz zum Leitfaden des Eisenbahn-Bundesamtes beispielsweise nicht nur ein Hinweis auf das Bestehen einer ISO-Norm zur Einführung von Managementsystemen, sondern ein direkter Verweis auf die einzelnen relevanten Unterpunkte der vorgegebenen Normen. Im Gegensatz zu den vom Schweizer Bundesamt veröffentlichten Informationsmaterialien erscheinen der Monopolkommission die des Eisenbahn-Bundesamtes allgemein sehr rudimentär. In Letzteren wird nicht genau ersichtlich, wie ein Sicherheitsmanagementsystem gestaltet werden kann und auf welche Punkte besonderes Augenmerk gelegt werden sollte. Das Eisenbahn-Bundesamt verweist vielmehr auf die von der Europäischen Eisenbahnagentur veröffentlichten Bewertungskriterien, die bei der Überprüfung der Sicherheitsmanagementsysteme Anwendung finden sollen. Zwar hat das Eisenbahn-Bundesamt Informationsveranstaltungen für interessierte Unternehmen durchgeführt, allerdings werden auch hier im Kern keine Aussagen über die genaue Gestaltung eines Sicherheitsmanagementsystems getroffen.

Dazu sollten gegebenenfalls auch die Einreichung und insbesondere die Nachbesserung der Unterlagen innerhalb des Systems möglich sein. Ein solches System würde die Transparenz und Effektivität der Zusammenarbeit erhöhen.

363. Neben den dargelegten Problemen bei der Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen für die Teilnahme am Eisenbahnbetrieb wurde in der Vergangenheit auch öffentlich das Vorgehen des Eisenbahn-Bundesamtes bei der Zulassung von Schienenfahrzeugen bemängelt. Dabei wurde insbesondere die Dauer der Zulassungsverfahren kritisiert. So findet bei der Neuentwicklung von Fahrzeugen zwar eine prozessbegleitende Zulassung statt, allerdings kam es nicht selten vor, dass innerhalb dieses Zulassungsprozesses die technischen Anforderungen verändert wurden. Diese veränderten Anforderungen fanden auch auf bereits im Zulassungsprozess und gegebenenfalls in einer späten Entwicklungsphase oder sogar in Fertigung befindliche Schienenfahrzeuge Anwendung, sodass der Zulassungsprozess zurückgeworfen und die Inbetriebnahme stark verzögert wurde. Das daraus resultierende Problem der fehlenden Planungssicherheit betrifft nicht nur Güter-, sondern ebenso Personenverkehrsunternehmen. So wurden für Hersteller und Eisenbahnverkehrsunternehmen unnötige und hohe Zusatzbelastungen und Imageschäden verursacht, wodurch deren Wettbewerbsfähigkeit litt.

Auch im Zusammenhang mit der Modernisierung von gebrauchten Fahrzeugen traten Schwierigkeiten auf. Eine Fahrzeugzulassung ist praktisch unbegrenzt gültig, solange keine Veränderung am Fahrzeug vorgenommen wird. Erst dann muss diese Veränderung neu geprüft und das Schienenfahrzeug neu zugelassen werden. Da eine neue Zulassung Zeit und Geld kostet, wird teilweise auf die Modernisierung alter Fahrzeuge verzichtet. So werden auch sicherheitsrelevante Modernisierungen aufgrund dieser Praxis der Sicherheitsbehörde unterlassen.

364. Das Eisenbahn-Bundesamt hat diese Probleme im Zulassungsprozess der Schienenfahrzeuge erkannt und in Zusammenarbeit mit am Eisenbahnmarkt beteiligten Organisationen Lösungsansätze für die identifizierten Prozessprobleme erarbeitet. Diese beinhalten unter anderem die Festschreibung der technischen Anforderungen zum Zeitpunkt der Antragstellung, die Einführung einer Plattform- bzw. Typenzulassung und die generelle Optimierung von Prozessen.[320] Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorgehen ausdrücklich und ermutigt das Eisenbahn-Bundesamt, die ermittelten Ansätze schnellstmöglich umzusetzen.

365. Problematisch erscheinen der Monopolkommission allgemein die Anreize, denen sich die Mitarbeiter des Eisenbahn-Bundesamtes ausgesetzt sehen.[321] Da das Eisenbahn-Bundesamt nicht im Wettbewerb steht, haben die Eisenbahnverkehrsunternehmen keine Möglichkeit, Zulassungen an anderer Stelle zu beantragen. Für die Mitarbeiter des Bundesamtes bestehen Anreize für kundenorientiertes Handeln daher hauptsächlich aufgrund intrinsischer Motivation. Deshalb können sie kaum Interesse daran haben, möglichst viele Schienenfahrzeuge zuzulassen und Eisenbahnunternehmen die Teilnahme am Eisenbahnbetrieb in Deutschland zu gewähren. So fehlen einerseits Anreize, einen möglichst aktiven Wettbewerb auf den Eisenbahnverkehrsmärkten zu gewährleisten. Auf der anderen Seite besteht etwa bei einer übereilten Genehmigung einer nicht sicheren Technik die Gefahr zivil-, straf- und disziplinarrechtlicher Haftung. Der dargestellte Anreizmechanismus birgt eine Tendenz zu überhöhten Sicherheitsanforderungen seitens der Mitarbeiter des Eisenbahn-Bundesamtes.

366. Eine Möglichkeit zur Dynamisierung der Sicherheitsprüfungen unter Aufrechterhaltung der Sicherheitsstandards liegt in der Übertragung von einzelnen Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamtes an privatwirtschaftliche Organisationen. Staatlich kontrollierte und akkreditierte technische Prüforganisationen könnten in gewissem Umfang hoheitliche Aufgaben übertragen bekommen, wie dies in anderen Bereichen beispielsweise durch technische Überwachungsvereine bereits seit Jahrzehnten erfolgreich geschehen ist.[322] Diese Prüforganisationen könnten auf einigen Arbeitsgebieten eigenständig am Markt agieren und untereinander im Wettbewerb stehen. Dadurch wären die Überwachungsstellen an einem funktionierenden Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen interessiert. Nach Auffassung der Monopolkommission kann dieses kundenorientierte Arbeiten wie in anderen Bereichen so ausgestaltet werden, dass die Sicherheit des Betriebs nicht darunter leidet. Durch die Begutachtung von Sicherheitsmanagementsystemen werden von der Zertifizierungsstelle zunehmend beratende Tätigkeiten verlangt, die nicht den originären hoheitlichen Aufgaben einer Behörde entsprechen und daher auch nicht zwingend durch eine solche erbracht werden sollten. Insbesondere bei der Prüfung von neuen oder weiterentwickelten Sicherheitsmanagementsystemen bietet die Zertifizierung im Zuge von Audits durch einen auch serviceorientierten Auditor viele Vorteile und ist in anderen Bereichen daher üblich. Dabei stellt ein Auditor oder Prüfer sowohl positive Aspekte als auch Verbesserungspotenziale und Abweichungen heraus. Die Nichterteilung des entsprechenden Zertifikats erfolgt nur bei deutlich zu benennenden Abweichungen, während die Darstellung der Verbesserungspotenziale eher empfehlenden Charakter hat. Die Durchführung von Audit-ähnlichen Prüfungen ist im vorliegenden Fall durch die Bundesbehörde allerdings nicht möglich. Jedoch könnten derartige

320 Vgl. dazu auch Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Hrsg.), Handbuch Eisenbahnfahrzeuge, Leitfaden für Herstellung und Zulassung, Berlin 2011.

321 Einen Überblick über Anreize im öffentlichen Sektor liefert Dixit, A., Incentives and Organizations in the Public Sector: An Interpretative Review; The Journal of Human Resources 37(4), 2002, S. 696–727. Daneben bietet Wilson, J., Bureaucracy, New York 1989, Einblicke in das Verhalten von Behörden.

322 Neben der Durchführung der regelmäßigen Hauptuntersuchung von Kraftfahrzeugen durch Prüfingenieure eines technischen Überwachungsvereins und anderer Unternehmen ist eine solche auch bezüglich der ebenfalls stark sicherheitsrelevanten Aufgabenübertragung an Fleischbeschauer, Bezirksschornsteinfeger und Sicherheitsunternehmen an Flughäfen geschehen.

Prüfungen durch staatlich kontrollierte und akkreditierte technische Prüforganisationen erfolgen.

Diese Bildung von privatwirtschaftlichen eisenbahntechnischen Überwachungsstellen bzw. Prüforganisationen böte zudem die Möglichkeit, die bestehenden Schwierigkeiten bei der Rekrutierung gut ausgebildeter Fachleute für die anspruchsvollen Aufgaben der Eisenbahnaufsicht anzugehen. Das Eisenbahn-Bundesamt, das 1994 aus dem Sondervermögen des Bundes hervorgegangen ist, besitzt mittlerweile eine überalterte Mitarbeiterstruktur und benötigt daher in naher Zukunft zahlreiche neue, qualifizierte Mitarbeiter. Allerdings tut sich das Amt im Wettbewerb um Arbeitskräfte schwer, da sich private Unternehmen für junge Arbeitnehmer als attraktivere Alternative darstellen. Dies gilt insbesondere auch für die auf privatwirtschaftlicher Basis agierenden technischen Überwachungsvereine. Durch die Übertragung von Aufgaben auf privatwirtschaftliche Unternehmen könnten diese auf dem Arbeitsmarkt vermutlich erfolgreicher agieren als das Eisenbahn-Bundesamt, sodass die qualifiziertesten Arbeitnehmer die entsprechenden Aufgaben übernehmen könnten.

367. Konkret sind verschiedene Varianten der Übertragung der Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamtes an privatwirtschaftliche eisenbahntechnische Überwachungsstellen möglich. Eine relativ weitreichende Übertragung würde bedeuten, dass das Unternehmen Prüfungen und unmittelbar auch die Zertifizierung für das Eisenbahnunternehmen durchführt, mit welcher die Eisenbahngesellschaft dann am öffentlichen Eisenbahnbetrieb teilnehmen kann.[323] Das Eisenbahn-Bundesamt nähme in diesem Fall keine eigenständige Überprüfung vor. Eine weniger umfangreiche Übertragung von Kompetenzen könnte bedeuten, dass die Prüfstelle zwar selbständig Prüfungen bzw. Audits durchführt, letztlich aber das Eisenbahn-Bundesamt auf Basis der Unterlagen des Prüfers über die Ausstellung der Sicherheitsbescheinigung entscheidet.

Rechtlich könnten Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamtes, wie die Prüfung der Anträge auf Ausstellung der Sicherheitsbescheinigungen und die Ausstellung der Bescheinigungen, in Form der „Beleihung" auf eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts übertragen werden. Die Beliehenen werden dabei mit der hoheitlichen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Gesetz beauftragt und ermächtigt und sind dadurch befugt, Staatsaufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts selbstständig durchzuführen.[324] Eine genaue Ausgestaltung der Beleihung von privatwirtschaftlichen Unternehmen bei der Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen wäre durch den Gesetzgeber in § 7a Absatz 6 AEG entsprechend zu ergänzen. Eine derartige Beleihung stünde auch im Einklang mit europäischem Recht, insbesondere mit Artikel 10 Absatz 3, 4 RL 2004/49/EG bzw. Artikel 3 Absatz 1 VO 1158/2010, wonach die nationalen Sicherheitsbehörden für die Prüfung der Anträge auf Ausstellung der Sicherheitsbescheinigungen und das Ausstellen der Bescheinigungen verantwortlich sind. Dabei verbietet Artikel 16 Absatz 3 RL 2004/49/EG ausdrücklich lediglich, die in Absatz 2 genannten Aufgaben der Sicherheitsbehörde auf Fahrwegbetreiber, Eisenbahnunternehmen oder Beschaffungsstellen zu übertragen. Damit steht diese Regelung einer Übertragung von Aufgaben an Dritte nicht entgegen.[325]

368. Vor dem dargestellten Hintergrund fordert die Monopolkommission die Bundesregierung auf, die Übertragung von Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamtes auf privatwirtschaftliche Überwachungsstellen zu prüfen.

6 Handlungsempfehlungen

369. Die Monopolkommission hat die Wettbewerbsentwicklung des Eisenbahnmarktes im vorliegenden Sondergutachten intensiv analysiert und bestehende Wettbewerbshindernisse dargestellt. Grundsätzlich sieht die Monopolkommission die Wettbewerbsintensität und die bestehenden Rahmenbedingungen im Eisenbahnverkehr weiterhin als nicht zufriedenstellend an. Auf Grundlage der durchgeführten Analyse wurden zentrale Handlungsempfehlungen erstellt. Zur Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene sieht die Monopolkommission Entscheidungsträger unter Zugzwang.

370. Die Monopolkommission hat festgestellt, dass zahlreiche wesentliche Wettbewerbsprobleme unmittelbar auf die Anreize und Möglichkeiten des integrierten Eisenbahninfrastruktur- und -verkehrsunternehmens Deutsche Bahn AG zurückzuführen sind, Wettbewerber auf den nachgelagerten Verkehrsmärkten zu benachteiligen. Die Ergebnisse des vorliegenden Gutachtens zeigen, dass für den integrierten DB-Konzern neben Anreizen zur

---

[323] Diese Konstellation wäre vergleichbar mit der Hauptuntersuchung für Kraftfahrzeuge durch die technischen Überwachungsvereine. Ein technischer Überwachungsverein ist ebenfalls Beliehener des Staates, führt die in § 29 StVZO vorgesehene Hauptuntersuchung selbstständig durch und erteilt die erforderliche Prüfplakette.

[324] Vgl. Ibler in: Maunz, T./Dürig, G. (Begr.) Grundgesetz,Kommentar, 61. Ergänzungslieferung, Januar 2011, Artikel 86 Rn 75. Die gesetzliche Grundlage für eine solche Beleihung findet sich in Artikel 86 GG. Zwar wird die Beleihung in Artikel 86 GG nicht explizit erwähnt, jedoch ist Artikel 86 GG nicht abschließend. Als eine Art natürliche oder juristische Person des öffentlichen Rechts lässt sich der Beliehene unter den Tatbestand des Artikel 86 GG der mittelbaren Bundesverwaltung fassen.

[325] Weiter ist zu konstatieren, dass es nicht die Intention der Europäischen Union war, durch den Erlass der Richtlinie 2004/49/EG und der Verordnung (EU) Nr. 1158/2010 einen möglichen Wettbewerb von privatwirtschaftlichen Prüfstellen zu behindern. In erster Linie beabsichtigte die Europäische Union, einen gemeinsamen Rahmen für die Regelung der Eisenbahnsicherheit zu schaffen (RL 2004/49/EG, Erwägungsgrnd 1). Damit die Eisenbahnsicherheit unabhängig von Diskriminierungsmöglichkeiten des Incumbent bestmöglich gewährleistet werden konnte, gab die Europäische Union jedem Mitgliedstaat vor, eine Sicherheitsbehörde einzurichten. Nach dem Wortlaut der Richtlinie 2004/49/EG und der Verordnung (EU) Nr. 1158/2010 des Unionsrechts sind die nationalen Sicherheitsbehörden für die Prüfung der Anträge auf Ausstellung der Sicherheitsbescheinigungen und das Ausstellen der Bescheinigungen verantwortlich. Grundsätzlich ist daher das Eisenbahn-Bundesamt als nationale Sicherheitsbehörde für die Aufgaben verantwortlich. Dies verwehrt dem Eisenbahn-Bundesamt bzw. dem deutschen Gesetzgeber jedoch nicht, auch wesentliche Teile dieser Aufgabe auf privatwirtschaftlich organisierte Dritte als Beliehene zu übertragen.

Diskriminierung im gegenwärtigen Regulierungsrahmen auch zahlreiche Möglichkeiten bestehen, Eisenbahnverkehrsunternehmen zu benachteiligen. Auch unter jeglicher Neufassung der Regulierung verbleiben erhebliche Spielräume zur Diskriminierung. Die bestmögliche Lösung dieser Problematik besteht in einer vollständigen Trennung von Infrastruktur und Transport. Die Abwägung von potenziellen negativen Auswirkungen gegenüber dem wettbewerbsinduzierten Effizienzgewinn einer solchen Trennung zeigt nach Auffassung der Monopolkommission deutlich, dass der gesamtwirtschaftliche Nutzen einer Trennung von Netz und Transport gegenüber deren Kosten überwiegt. Die Monopolkommission spricht sich vor diesem Hintergrund erneut für eine vollständige institutionelle Trennung von Infrastruktur- und Transportsparte durch die eigentumsrechtliche Privatisierung der Transportgesellschaften der Deutschen Bahn AG aus.

371. Die Monopolkommission fordert eine schnellstmögliche europaweite Marktöffnung aller Schienenverkehre und sieht in der bestehenden Situation keinen hinreichenden Grund für einen Wettbewerbsschutz der Deutschen Bahn AG, der letztlich den Verbrauchern schadet. Im Gegenteil profitiert die nationale Volkswirtschaft auch unter den bestehenden Rahmenbedingungen von der weiteren Liberalisierung des deutschen Bahnmarktes.

372. Eine aktive Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnsektor setzt eine effiziente Marktordnung voraus. Die gegenwärtigen Rahmenbedingungen weisen jedoch zahlreiche Schwachstellen auf. Die Monopolkommission zeigt entscheidenden Handlungsbedarf zur Verbesserung der Rahmenbedingungen in verschiedenen Bereichen auf, die der Schaffung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs und eines attraktiven Verkehrsangebots auf der Schiene dienen.

Entgeltregulierung

373. Das bestehende System der Regulierung der Infrastrukturentgelte bedarf grundsätzlicher Veränderungen:

– Aus volkswirtschaftlicher Perspektive ist die Einführung einer Anreizregulierung in Verbindung mit verschiedenen Leistungskörben erforderlich. Die bestehende Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ist nicht geeignet, die Qualität der Infrastruktur sicherzustellen und Anreize zur Effizienzsteigerung zu schaffen. Die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung und eine Anreizregulierung ergänzen sich sinnvoll.

– Die Europäische Kommission sollte den bestehenden Entwurf zur Neufassung des ersten Eisenbahnpakets in der Weise verändern, dass eine Anreizregulierung zwingend vorgegeben wird und zusätzlich die Möglichkeit eröffnet wird, diese durch vertragliche Vereinbarungen zu ergänzen.

– Der Gesetzgeber sollte auch bei Einführung einer Anreizregulierung die gesetzlichen Vorgaben zur Strukturierung der Entgelte überarbeiten und einfache Regeln aufstellen, die der Bundesnetzagentur die Überprüfung der Entgeltsysteme erleichtern und so Diskriminierungspotenzial einschränken. Dazu müssen Entgeltkomponenten auf klaren und transparenten Kriterien beruhen.

– Vorgaben für leistungsabhängige Bestandteile der Entgelte für Infrastrukturleistungen sollten gesetzlich so gestaltet sein, dass dadurch wirksame Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes gesetzt werden. Dazu sollten umfangreiche und detaillierte Verspätungskategorien und Grundsätze für leistungsabhängige Entgelte vorgegeben werden.

– Zur Bestimmung einer angemessenen Höhe der Infrastrukturentgelte im Rahmen der Regulierung sollte die Bundesnetzagentur die Eigenkapitalkosten auf Grundlage des Capital Asset Pricing Model ermitteln. Dies sollte auch für die Infrastrukturunternehmen des Bundes der Fall sein und dementsprechend sollte für die Bestimmung der Eigenkapitalkosten nicht zwischen bundeseigenen und nichtbundeseigenen Unternehmen unterschieden werden.

– Der Gesetzgeber sollte im Rahmen der Entgeltregulierung eine zulässige Gesamtkapitalrendite auf Basis von kalkulatorischer Eigenkapitalrendite, kalkulatorischen Fremdkapitalkosten und einer normierten Kapitalstruktur vorgeben.

374. Im Bereich der Versorgung der Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Bahnstrom sollte die Regulierung den Spezifika dieses Sektors angepasst werden:

– Die Vorschrift des § 12 StromNZV sollte um eine Vorgabe für Bahnstromnetzbetreiber ergänzt werden, nach der für Eisenbahnverkehrsunternehmen spezielle Bahn-Lastprofile zur Anwendung kommen. Diese sind für jeden Verkehr nach Fahrplan und für Gelegenheitsverkehre zu berechnen und sollen kumuliert dem typischen Tageslastgang im Bahnstromnetz entsprechen.

– Bahn-Lastprofile sollten differenziert nach Zug- und Streckentyp um eine typische Bremsstrommenge bereinigt werden. Auf der Fahrt erzeugter Bremsstrom wird somit direkt mit dem Verbrauch nach einer bestimmten Quote verrechnet. Die Verrechnungsquote sollte vom Netzbetreiber festgelegt und von der Bundesnetzagentur geprüft werden und muss der erwarteten Vermeidungsarbeit in Kilowattstunden entsprechen.

– Der Preis für Ausgleichsenergie im Bahnstromnetz sollte nach den Vorgaben des § 8 StromNZV symmetrisch festgelegt und von der Bundesnetzagentur geprüft werden. § 12 StromNZV sollte zudem um eine Regelung für die kontinuierliche Abrechnung von Mehr- und Mindermengen ergänzt werden.

– Das Bahnstromfernleitungsnetz sollte eindeutig und vollumfänglich einer regulatorischen Kontrolle von Zugang und Entgelten durch das Energiewirtschaftsgesetz ausgesetzt werden. Dazu sollte der Zusatz „einschließlich der Bahnstromfernleitungen“ aus der Le-

galdefinition von Eisenbahninfrastrukturunternehmen in § 2 Absatz 3 AEG gestrichen werden.

Zugangsbedingungen für Schieneninfrastruktur und Serviceeinrichtungen

375. Die Regulierung der Pflichten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen bei der Zugangsgewährung ist unzureichend und bedarf gesetzlicher Veränderungen:

– Eisenbahninfrastrukturunternehmen sollten durch den Gesetzgeber verpflichtet werden, den Zugangsberechtigten Bildfahrpläne bzw. Zeit-Wege-Diagramme der Trassenbelegung in anonymisierter Form zugänglich zu machen, sodass freie Kapazitäten jederzeit identifiziert werden können. Zusätzlich sollte der Gesetzgeber den Infrastrukturbetreibern konkrete Pflichten zur Transparenz bezüglich der Art und Beschaffenheit der Trassen auferlegen.

– In den Regelungen über die Möglichkeit, Rahmenverträge abzuschließen, sollte durch den Gesetzgeber in § 13 Absatz 7 EIBV eine Vorlaufzeit bis zum Betriebsbeginn von mindestens zwei Jahren vorgesehen werden. Zudem sollte der Abschluss von Rahmenverträgen unabhängig von festen Rahmenvertragsperioden möglich sein. Die Wirksamkeit von Rahmenverträgen sollte im Verfahren der Trassenvergabe gestärkt werden und gleichzeitig der Abschluss von Rahmenverträgen grundsätzlich bei der Bundesnetzagentur genehmigungspflichtig werden. Voraussetzung für die Genehmigung zum Abschluss eines Rahmenvertrags sollte ein Nachweis über zu tätigende spezifische Investitionen sein. Zusätzlich sollten die Stornierungsentgelte der Regulierung unterliegen.

376. Die Zugangsregulierung für Serviceeinrichtungen erfordert grundlegende gesetzliche Anpassungen:

– Der grundlegende Gedanke des europäischen Rechts, der Markt- und Wettbewerbsbezug als Bewertungsmaßstab, sollte auf nationales Recht übertragen werden, indem Serviceeinrichtungen nur dann einer Zugangsregulierung unterliegen, wenn keine marktkonformen Alternativen bestehen.

– Die Regelungen für die Nutzung von Serviceeinrichtungen sollten gesetzlich denen von Schienenwegen angepasst werden, indem der vorgeschriebene Mindestinhalt der Informationen in § 10 Absatz 1 EIBV entsprechend dem Paket von Mindestangaben für Schienenwege nach § 4 Absatz 2 in Verbindung mit Anlage 2 EIBV erweitert wird.

– Im Vorfeld der Stilllegung einer Serviceeinrichtung sollte ein Ausschreibungs- bzw. Interessenbekundungsverfahren durchzuführen sein.

– Der Rangierbetrieb auf den entsprechenden Zugbildungsanlagen sollte gesetzlich in die Verantwortung des Infrastrukturbetreibers gestellt und der Zugangsregulierung unterworfen werden. Freie Kapazitäten der Zugbildungsanlagen sollten über eine elektronisch basierte Restkapazitätsbörse alloziert werden.

Verfahrensabläufe des Eisenbahn-Bundesamtes

377. Bestehende Verfahrensabläufe des Eisenbahn-Bundesamtes stellen zentrale Hindernisse bei der Durchführung effizienter Verkehre dar und bedürfen Verbesserungen:

– Das Eisenbahn-Bundesamt sollte den Eisenbahnverkehrsunternehmen ausführlich kommentierte Beispiel-Sicherheitsmanagementsysteme vorgeben. Dadurch sollten Mindestanforderungen klargestellt werden, die als Orientierungshilfe bei der Erstellung der Sicherheitsmanagementsysteme dienen.

– Zusätzlich sollte ein elektronisches Kommunikationssystem zur Unterstützung und Dokumentation der Genehmigungsverfahren implementiert werden.

– Der Gesetzgeber sollte die Übertragung einzelner hoheitlicher Aufgaben des Eisenbahn-Bundesamtes an privatwirtschaftliche, staatlich kontrollierte und akkreditierte technische Überwachungsstellen prüfen.

Vergaben von SPNV-Leistungen

378. Bei der Vergabe von Verkehrsleistungen müssen die handelnden Akteure geeignete Rahmenbedingungen schaffen, die den Wettbewerb zum Vorteil des Gemeinwohls fördern:

– Aufgabenträger sollten prinzipiell auf wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren setzen und auf freihändige Vergaben höchstens übergangsweise in sehr vereinzelten Ausnahmesituationen zurückgreifen, wenn dadurch gesamtwirtschaftliche Vorteile bestehen und der Wettbewerb gefördert wird. Eine restriktive Handhabung von Direktvergaben ist auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit bezüglich der beihilfen- und vergaberechtlichen Situation geboten.

– Durch den Gesetzgeber sollte keinesfalls, wie derzeit diskutiert, ein sektorspezifisches Vergaberecht für den Schienenpersonennahverkehr gestaltet werden, welches die Möglichkeiten, von Direktvergaben Gebrauch zu machen, erweitert.

– Aufgabenträger müssen durch die Ausgestaltung von Ausschreibungen dafür sorgen, dass Vergabeverfahren für Eisenbahnverkehrsunternehmen attraktiv sind. Dazu sollten einfache und schlanke Verfahren mit einheitlichen, standardisierten Anforderungen und Strukturen gestaltet werden. Diese Verfahren sind rechtzeitig zu planen und vorzubereiten.

– Die Fahrzeugstrategien der Aufgabenträger sollten den Anforderungen des Marktes weiter angepasst werden. Dazu müssen die Anforderungen an das Rollmaterial marktgängiger gemacht werden. Vorübergehend sollte stärker von der Möglichkeit der Wiedereinsatzgarantien Gebrauch gemacht werden. Auf die Forderung nach Neufahrzeugen sollte soweit wie möglich verzichtet werden. Die Fahrzeugstrategie sollte mit der Vergabestrategie gekoppelt und auf diese abgestimmt sein.

Allgemeine Wettbewerbsbedingungen

379. In weiteren Bereichen sind Voraussetzungen für einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Eisenbahnsektor zu schaffen:

- Das Verfahren, durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen ihrer Mitwirkungspflicht zu bundesweit durchgehenden SPNV-Tarifen nachkommen, sollte durch gesetzliche Vorgaben ausgestaltet werden. Der gemeinsame Tarif sollte durch einen zu gründenden bundesweiten Tarifverbund festgelegt werden, in dem kein einzelnes Nahverkehrsunternehmen eine dominierende Stellung besitzt. Die Aufgabenträger sind in diesen Tarifverbund einzubeziehen.
- Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales sollte keinen Tarifvertrag der SPNV-Unternehmen für allgemeinverbindlich erklären. Dies hätte eine vollständige Abkopplung der wettbewerblichen Kontrolle über die Lohnhöhe zur Folge und negative Auswirkungen auf die Preissetzung im Schienenpersonennahverkehr.[326]
- Das Bundeskartellamt sollte in Abstimmung mit der Europäischen Kommission eine Nachprüfung der bereits genehmigten Kooperationen europäischer Staatsbahnen im Schienenpersonenfernverkehr unter dem Gesichtspunkt von § 1 GWB, Artikel 101 AEUV durchführen. Die bestehenden Kooperationen bergen die Gefahr, dass in diesem Rahmen durch implizite Gebietskoordinationen Wettbewerb verhindert wird.
- Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften, demzufolge Verkehrsunternehmen Linienverkehre mit Fernbussen durchführen können, bedarf einiger Anpassungen. Generell sollte ein marktordnender Eingriff in den Busfernverkehr in Form einer Genehmigungspflicht höchstens übergangsweise erfolgen. Auch sollte der Fernbusverkehr von der dreimonatigen Betriebspflicht ausgenommen werden. Der Schutz der staatlich finanzierten SPNV-Verkehre darf nicht zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs führen.

[326] Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 55, a. a. O., Abschnitt 2.4.4; Hauptgutachten 2008/2009, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Baden-Baden 2010, Kapitel 5.

Kompetenzen der Bundesnetzagentur und der Monopolkommission

380. Die bestehenden Kompetenzen der Regulierungsbehörde sind unzureichend, um einen effizienten und diskriminierungsfreien Wettbewerb zu gewährleisten:

- Der Bundesnetzagentur sollte es möglich sein, Marktbeobachtungen auch dann durchzuführen, wenn diese nicht auf einem konkreten Missbrauchsverdacht basieren, sondern der Informationsbeschaffung dienen.
- Die Bundesnetzagentur sollte stärker in die Überwachung der Trassenvergabeverfahren eingebunden werden, indem sie Informationen über Infrastruktur und Netzbelegung erhält und über Vergabeentscheidungen im Koordinierungsverfahren informiert wird.

381. Der Auftrag der Monopolkommission über die Erstellung eines Sondergutachtens in § 36 AEG ist nur unvollständig geregelt und zur Erfüllung des vom Gesetzgeber erteilten Auftrags ist die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen erforderlich:

- Der Monopolkommission sollte durch den Gesetzgeber ein umfassendes Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur gewährt werden. Der Zugriff auf die Informationen der Bundesnetzagentur ist für die sachgerechte Erstellung des Sondergutachtens erforderlich.
- Der Auftrag der Monopolkommission sollte in § 36 AEG durch die Aufnahme der Bundesregierung als Adressat in einem zusätzlichen Absatz 2 konkretisiert werden.

Bonn, im September 2011

Justus Haucap

Christiane Kofler — Thomas Nöcker

Angelika Westerwelle — Daniel Zimmer



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333